

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

O CONTROLE JUDICIAL DO INTERESSE PÚBLICO

**CURITIBA
2011**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

O CONTROLE JUDICIAL DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado

CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

O CONTROLE JUDICIAL DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Co-orientadora:

Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membros convidados:

Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Prof. Me. Daniel Wunder Hachem
Curso de Direito
Complexo de Ensino Superior do Brasil (UniBrasil)

Curitiba, 08 de dezembro de 2011

Ao Partido Acadêmico Renovador,

Por onde for.

Sempre.

AGRADECIMENTOS

Sempre acreditei que agradecimentos e dedicatória não passavam de um preciosismo absurdo, uma certa margem de futilidade, tradição quase folclórica, inserida antes de trabalhos científicos – estes sim com relevada importância. Entendia que os agradecimentos, quando verdadeiros, são demonstrados em ações, em palavras faladas diretamente, em um abraço, não em um texto longo que anteceda “aquilo que realmente importa”. Caso algum dia alguém venha a ler este singelo trabalho monográfico, imagino que passará estes agradecimentos sem lê-los, indo direto ao sumário para descobrir aquilo que for de relevante.

Ao longo da escrita desse trabalho, no entanto, percebi que há uma certa necessidade de imanência do sentimento infinito de gratidão, que é imperioso externalizar, ainda que ninguém venha a ler. Que os anos passem, mas o meu débito com aqueles que ajudaram, mesmo sem saber, na realização desse trabalho (e da minha graduação num geral) fiquem registrados nalgum lugar. Ainda que num recôndito intocado da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da UFPR, ainda que ninguém leia, que ninguém se importe, seria uma injustiça do maior grau não dedilhar algumas linhas para eternizar minha gratidão a todos aqueles que me ajudaram nessa feliz caminhada.

Primeiramente, assim, meus maiores e enfáticos agradecimentos seguem ao Partido Acadêmico Renovador, a que também dedico toda essa elaboração da monografia. Certamente sem ele este trabalho estaria mais bem redigido, melhor revisado e mais completo, mas certamente estaria muito mais medíocre. Em sua perspectiva revolucionária de sociedade e do movimento estudantil, o PAR se mostrou o ponto-chave de toda a minha formação, inserindo-me, enquanto estudante, em uma lógica de mudança e de percepção de mundo que nenhuma pessoa ou livro sozinhos poderiam ter feito. Através das discussões mais acaloradas, inspiradas, profícuas e mesmo as mais parnasianas e mais românticas, esse partido me mostrou o quanto podemos fazer pela coletividade e, sobretudo, na luta em favor dos oprimidos, se jamais deixarmos de acreditar na nossa capacidade renovadora. Por onde for, serei sempre um azul. Obrigado, PAR, por existir e por ser o que é.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer aos paristas, ainda que possa parecer repetitivo, pois o PAR, de fato, não é nada sem estes. De todo modo, além daquilo que fazemos o partido ser, ele é aquilo que somos (ou, como diria Galeano, aquilo que fazemos para mudar aquilo que somos, não é?). Ficam, então primeiramente meus agradecimentos aos paristas formados, os quais, imagino, desde calouro observei com certa reverência e respeito pela militância e pela incrível paciência em construir com os mais novos o caminho daquilo que é certo, transformador. Assim, sempre com o risco de esquecer alguém importante, agradeço a todos os formados, nomeadamente: Gabriel Petrus, Eduardo Chaves, Daniel Hachem, Giovanna Milano, Indiara Fazolo, Luiz Eduardo Peccinin, Saulo Pivetta, Diego Bochnie, Francielle Montemezzo, dentre tantos outros e outras. Igualmente não deixo de agradecer aqueles mais novos, que também me acompanharam parte do caminho e que muitas vezes me ensinaram coisas que eles sequer imaginam. Por ser sempre o apoio e a esperança expoente de um futuro melhor, agradeço: Vanessa Kubota, Mauricio Serenato, Allan Hillani, Letícia Kreuz, Daniel Fauth, Ana Flávia Nascimento, Luísa Rodrigues, Evandro Sutil, Ana Cristina Follmann, Lucas Machado, Guilherme Almeida, Bruna Metzger, Kamai Arruda, Luís Nagao, Eduardo Borges, Mariana Santos, Alisson Maldaner, Vanessa Massuchetto, Rafael Souza, Ximena Lima, dentre tantos, tantos outros, que se não cito aqui é por receio de me exceder demais nas linhas e não por falta de gratidão. Por fim, não esqueço dos meus contemporâneos, companheiros diretos de militância, que trilharam o percurso junto comigo, e que fizeram com que ele não fosse impossível. Muito obrigado, Paulista (Michael Dionísio), Caroline Franco e Thais Pinhata – que nossos horizontes adiante não tenham limites. Por último, e talvez o mais carregado de significado, gostaria de agradecer à parista, à colega há quase dez anos a fio, à pessoa que, numa aula sobre Platão fez o favor de me tirar da “caverna” e a pessoa sem a qual eu provavelmente não teria conhecido o PAR. Quaisquer agradecimentos escritos serão parciais em relação à Isabela Rissio, pois sempre acabarei lembrando uma razão a mais para fazê-los.

Esse trabalho também seria impossível sem a orientação de mestres realmente esclarecidos e, sobretudo, condescendentes com as minhas diversas falhas e imperfeições, sem, no entanto, convolar em menos rigor e exigências brandas quanto aos resultados. Sem essas características, certamente esse

trabalho não teria passado da primeira linha. Assim, agradeço primeiramente a meu orientador, professor, eminentemente administrativista paranaense e parista formado, Emerson Gabardo. Dele, posso dizer que obtive tudo que esperaria de um orientador: o rigor ao exigir a excelência além da mera suficiência e o mesmo rigor ao dedicar revisão criteriosa, absorta e de extrema valia. Espero poder manter contato no decorrer da jornada acadêmica, que também pretendo seguir, esperando sempre ter esse referencial.

À professora, notável constitucionalista e também parista formada, Eneida Desiree Salgado, também faltam palavras que expressem tudo o que gostaria de escrever. Desde o primeiro ano de faculdade, através das lições de Teoria do Estado, foi a responsável por despertar em mim a paixão pelo Direito Público, pela matéria que pretendo um dia lecionar, e que acompanhou de perto cada passo dessa minha caminhada. Do primeiro ao quinto ano, entre monitorias, optativas, orientação, e algumas discussões acirradas, posso dizer que tive a felicidade de ganhar também um referencial, uma orientação, e, quem sabe, uma amiga para a vida. “Só” por isso, agradeço.

Reitero meus agradecimentos a outro parista formado, jovem e próspero professor, Daniel Wunder Hachem, por vários motivos. Primeiramente, por, desde uma reunião acalorada ainda em 2007, me mostrar (sem sequer desconfiar, até hoje), com grande eloquência, qual era o caminho correto e coerente a trilhar. Depois, por ser um exemplo de parista, de petiano, de pesquisador, de administrativista... Finalmente, por elaborar em seu mestrado, trabalho que foi uma espécie de orientação à distância à minha monografia, e certamente é um de seus pontos vitais. Se minha pesquisa de conclusão de curso fosse elaborada um ano antes, certamente ficaria aleijada pela simples inexistência do estudo realizado com tanta seriedade. Por isso e por ter aceitado prontamente em fazer parte de minha banca e ler essa singela pesquisa de um graduando, sou-lhe grato.

Não devo esquecer-me de citar aqueles que acompanharam e impulsionaram meus primeiros passos dentro do Direito Administrativo. Registro, portanto, meus enormes agradecimentos para o professor Pedro Henrique Xavier – suas aulas foram realmente apaixonantes. Igualmente, à professora Angela Cassia Costaldello, que com impressionantes boa-vontade e dedicação aceitou assumir a

cadeira de Direito Administrativo em minha turma, sempre em aulas inspiradoras. Também agradeço pela prontidão em integrar a banca de avaliação deste trabalho.

Alguns professores passam por nossas vidas incautos da diferença que fazem na construção do nosso caráter e da visão de mundo, o que transcende as lições e aulas sobre determinada matéria. Nesse sentido, registro meus agradecimentos a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, expoente cardial do Processo Penal brasileiro, e, sobretudo, homem de valor, atento sempre à construção de um Direito democrático, preocupado em fazer-nos entender a humildade necessária perante o todo, e a desconfiança incessante que devemos ter das nossas próprias certezas, sob pena de cairmos em uma tirania pessoal inconsciente. Por me fazer repensar o papel do Direito e a função de um juiz, obrigado. Agradeço também o professor e parista formado Rodrigo Xavier Leonardo, companheiro do ideal de uma Universidade Pública cada vez melhor, e que me ensinou, mesmo sem ser diretamente meu professor, a capacidade transformadora de um ensino emancipador.

À Dr^a. Mônica Sakamori, não apenas por ter orientado o melhor estágio que eu poderia ter tido a oportunidade de fazer, mas por ser exemplo de seriedade e de luta obstinada na defesa do interesse público. Certamente o gérmen de toda esta monografia está nos trabalhos desenvolvidos no período em que tivemos contato.

Para finalizar, impossível não se agradecer aos amigos, o grande tesouro dessa faculdade. Não consigo pensar uma memória da faculdade sem algum de vocês e, igualmente, ao me confrontar com aquele que fui outrora, agradeço meu crescimento pessoal ao apoio e ajuda incessante de vocês: Luize Navarro, Pedro Menezes, Larissa Alfaro, Cecília Guetter, Raffael Vizzotto, Eloísa Gonçalves, Rosiane Futata, Juliana Chevônica, Luiz Krassuski (este último que sempre me acompanhou na trajetória acadêmica, de pesquisador, dando contribuições essenciais à parte “processual cível” deste trabalho) e tantos outros e outras. Vocês são o que de mais valioso conquistei na faculdade, obrigado por tudo!

Como sei pouco, e sou pouco,
faço o pouco que me cabe
me dando inteiro.
Sabendo que não vou ver
o homem que quero ser.

Já sofri o suficiente
para não enganar a ninguém:
principalmente aos que sofrem
na própria vida, a garra
da opressão, e nem sabem.

Não tenho o sol escondido
no meu bolso de palavras.
Sou simplesmente um homem
para quem já a primeira
e desolada pessoa
do singular - foi deixando,
devagar, sofredamente
de ser, para transformar-se
- muito mais sofredamente -
na primeira e profunda pessoa
do plural.

Não importa que doa: é tempo
de avançar de mão dada
com quem vai no mesmo rumo,
mesmo que longe ainda esteja
de aprender a conjugar
o verbo amar.

É tempo sobretudo
de deixar de ser apenas
a solitária vanguarda
de nós mesmos.
Se trata de ir ao encontro.
(Dura no peito, arde a límpida
verdade dos nossos erros.)
Se trata de abrir o rumo.

Os que virão, serão povo,
e saber serão, lutando.

Aos que virão
(Thiago de Mello)

SUMÁRIO

RESUMO.....	i
ABSTRACT.....	ii
PRÓLOGO.....	iii
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I – INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO (TAMBÉM) JURÍDICO.....	4
1.1. Um “interesse” a que se possa chamar “público”: noção republicana e moderna.....	7
1.2. O interesse público, os interesses privados e a Constituição Cidadã.....	23
1.3. Natureza e estrutura jurídica do conceito de interesse público.....	38
1.4. Conteúdo jurídico do conceito.....	51
PARTE II – PERSPECTIVAS DE CONTROLE DO INTERESSE PÚBLICO PELO PODER JUDICIÁRIO.....	69
2.1. Administração Pública sob controle.....	71
2.2. A apreciação dos atos da Administração pelo Judiciário: discricionariedade e mérito.....	77
2.3. Margem de discricionariedade x conceitos jurídicos indeterminados.....	83
2.4. Delineamentos às possibilidades e limites ao controle judicial do interesse público.....	95
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

RESUMO

O presente trabalho, que consiste em um estudo interdisciplinar sobre a Teoria de Estado e de Direito Administrativo, analisa a relação do Poder Judiciário e da Administração Pública inquinado sobre a noção de interesse público. Este conceito, muitas vezes usado para legitimar várias ações do poder público, tem alguns significados políticos e sociais e, além disso, um jurídico. Portanto, sua análise se segue através do reconhecimento necessário das razões históricas e sociais que informam a significação do conceito, realizado na primeira metade deste artigo. Uma vez entendido como o interesse público é hoje configurado, passa-se à feitura de um diagnóstico acerca de sua natureza e estrutura jurídicas, para, só então, compreender completamente o conteúdo jurídico, a circunscrição semântica adjacente ao conceito. Na segunda metade deste trabalho, é analisada a forma com que o Poder Judiciário opera seu controle sobre a Administração Pública, e a margem de discricionariedade que é dada ao agente público. Como um conceito jurídico indeterminado, a análise segue para a relação entre essa margem de discricionariedade e da indeterminação do conceito. Finalmente, o estudo arremata, traçando em que medida, dentro de que limites e possibilidades, o juiz pode apreciar o conceito de interesse público, para finalmente tirar conclusões. Este trabalho utiliza principalmente a doutrina como base teórica de análise, fazendo uma revisão bibliográfica através de grande parte dos autores que escrevem sobre o assunto.

Palavras-chave: Interesse público; Direito Administrativo; Teoria do Estado; Discricionariedade; Controle Judicial; Conceitos jurídicos indeterminados.

ABSTRACT

This work, which is an interdisciplinary study on Theory of State and Administrative Law, analyses the relationship of the Judicial Power and the Public Administration built on the notion of public interest. This concept, often used to legitimate various actions of the public power, has some political and social meanings and, moreover, a juridical one. Therefore, it is shown as necessary the acknowledgement of the historical and social reasons that inform the signification of the concept, what is done in the first part of this paper. Once understood how the public interest is nowadays configured, passes on the diagnosis of its juridical nature and structure, for, only then, fully comprehend the juridical content, the circumscription of meaning, that is adjacent on the concept. In the second half of this work, it is analysed how the Judicial Power works its control over the Public Administration, and the verge of discretion that is given to the public agent. As a undetermined juridical concept, the analyses goes on the relation between this verge of discretion and the indetermination of the concept. Finally the study sets up by tracing how come, within what limits and possibilities, the judge may appreciate the concept of public interest, to finally take conclusions. This work mainly uses the juridical literature to base its assumptions, making a bibliographic revision trough the most of the authors that write on the subject.

Keywords: Public interest; Administrative Law; Theory of State; Discretion; Judicial Control; Indeterminate juridical concepts.

PRÓLOGO

A dita (e questionada) “ciência do Direito” é curiosa. Enquanto nas assim chamadas ciências naturais, com seu método de pesquisa bastante específico e lastrado, no Direito há algumas barreiras um pouco imprecisas a se superar. A par que há, nas ciências naturais, uma série de elementos que garante a retidão da investigação acerca da matéria, a repetibilidade dos experimentos investigativos e seus resultados precisos – e, assim, a sua aceitação quase sempre serena pela comunidade acadêmica – nas ciências humanas, como a ciência do Direito, conforme averba Boaventura de Souza Santos, “não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar toda a espessura do debate adquirido”.¹ Isso se intensifica ainda mais no ramo jurídico, onde a argumentação e o convencimento são tão quistos. Donde, acredito, a pesquisa jurídica nem sempre tenha (embora devesse sempre ter) um grau de sinceridade e serventia tão acentuado como em outras ciências, carregadas com alguns séculos a mais de experiência de cientificidade. Explico: um engenheiro químico, por exemplo, ao pesquisar, partirá de uma tese, um aforismo hipotético a ser comprovado, e a partir do mesmo, alinhavará experimentos (muito mais do que argumentos e exercícios abstratos), resultados, dados, gráficos etc., na tentativa de comprovar ou não aquela tese. Ao final, bem ou mal sucedido em sua busca, terá contribuído invariavelmente na construção do conhecimento de sua área, e do seu próprio. Não é o que se passa muitas vezes no Direito. No lugar de tubos de ensaio, pipetas e Erlenmeyer, temos a lei, a jurisprudência e a doutrina. Assim, diferentemente inclusive de outras ciências sociais, como a ciência política, por exemplo, nós, juristas, não nos valem comumente de gráficos e tabelas, números e estatísticas. Nossa construção teórica, ainda que indutiva, é, em suma, lógica e argumentativa.

A primeira consequência atinente a isso é uma parcela de insinceridade em algumas pesquisas científicas. Insinceras porque, de fato, não vem a ser pesquisas, não perquirem a construção de um conhecimento – seja de sua área, seja próprio: passam a ser meros relatos de um conhecimento pré-adquirido, uma repetição com nova roupagem daquilo que já foi escrito, ou a montagem de um suntuoso quebra-cabeça que não deixa de ser mais do que uma compilação de autores (que nem sempre dialogam) para comprovar determinada afirmação. Ao final, o menestrel dos

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Lisboa: Edições Afrontamento, 1995, p. 21;

conceitos lógicos verá sua tese inicial comprovada, pois diferente de prótons, elétrons e quarks, que agem de acordo com as regras da natureza e não como quer o químico, doutrina, jurisprudência e mesmo a hermenêutica da lei podem agir de acordo com a vontade de quem as maneja, apontando para o caminho que quer ser demonstrado. Na pesquisa jurídica, não há uma resposta certa, não há tese incomprovável. Daí que a pesquisa jurídica, por vezes, pode ser insincera, ou seja, não reflita um processo de investigação, apreensão e construção do conhecimento verdadeiros. Ao contrário: apenas provam dado conhecimento acadêmico que já se tinha antes do dito processo de pesquisa. Confunde-se pesquisa com doutrina (principalmente por aqueles que não possuem uma compreensão do tema satisfativa ao ponto de serem, de fato, “doutrinadores”).

Outra particularidade que se impõe à pesquisa jurídica (e aqui, também, denoto outra impressão pessoal, pois, por hora, meus argumentos são meramente elucubrativos e não científicos, paradoxalmente), sobretudo à pesquisa jurídica na graduação, é o descomprometimento na real colmatação de uma lacuna no corpo do conhecimento. Na qualidade de grandes manejadores de argumentos, os juristas meramente repetem enunciados já elaborados que lhes convém, sobre temas que às vezes podem ser polêmicos, profícuos, apaixonantes, mas não são, de fato, uma lacuna no conhecimento.²

Essas deficiências, acredito, não são oriundas do jurista pesquisador, mas sim resultado de uma educação jurídica aulista, focada no ensino e no estágio (que, quando muito, é efetiva atividade de ensino e não a proletarização do estudante). O tripé universitário da resta defasado quanto à pesquisa e a extensão,³ e é muito mais prodigioso em inserir o estudante no mercado de trabalho⁴ do que em formar um sujeito que pensa criticamente o Direito.⁵ Uma vez inserido nesta mesma conjuntura,

² Eduardo de Oliveira Leite bem exemplifica esta questão: “Tudo leva a crer que, no atual estágio de evolução da ciência jurídica, existem questões já suficientemente trabalhadas e analisadas, tendentes à pacificação e, por isso mesmo, não mais disponíveis à investigação científica. Assim, a título de exemplo (e para citar os exemplos mais veementes do que se está afirmando) não teria mais cabimento, em matéria de direito cível, trabalhar a diferença entre prescrição e decadência ou, em matéria de direito penal, discutir as diferenças entre furto e roubo. São matérias tão exaustivamente trabalhadas que se encontram, atualmente, praticamente esgotadas, não mais justificando uma incursão monográfica que nada acrescentaria de novo, de válido ou de útil”. in: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: RT, 2007, p. 64;

³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Reflexões sobre o Ensino do Direito*. In: Anais do Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 1995, p. 21;

⁴ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *A função e a importância das disciplinas propedêuticas na estrutura curricular dos cursos de direito no Brasil* in Revista de Ensino Jurídico e Reforma Curricular, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2005, p. 38;

⁵ GABARDO, Emerson. O ensino jurídico em uma abordagem filosófica. Revista Jurídica Themis, ISSN 1983-2036, nº 8, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 1996, pp. 74 e ss.;

não posso dizer que talvez não incorra em alguns dos vícios apontados, mas é fato que busquei, durante todo o desenvolvimento do trabalho monográfico, me afastar dessa lógica afetada (porquanto teço essas considerações).

A definição do tema surgiu por indagação pessoal oriunda de atividade de estágio no Ministério Público junto às Varas da Fazenda Pública das comarcas da Região Metropolitana de Curitiba. Pela própria natureza do órgão, o interesse público era um conceito cujo convívio era freqüente. Com o tempo, surgiram diversas indagações acerca do que compreenderia o conceito de interesse público, e essas incertezas questionavam, inclusive, conceitos meus até então fundamentados de Teoria do Estado. Diante disso, pareceu-me num primeiro momento, fértil pesquisar sobre um “conteúdo objetivo” do interesse público. Após os primeiros contatos com meus orientadores, e algumas leituras, no entanto, me apercebi de que o tema, ainda que bastante instigante, não representava uma lacuna no corpo do conhecimento, pois a doutrina era pacífica em localizar dito conteúdo objetivo, ou, melhor dizendo, conteúdo jurídico de interesse público no ordenamento jurídico positivo. Assim, a pesquisa não se demonstraria tão profícua assim. Onde passei à indagação dos meus reais interesses em pesquisar o conteúdo jurídico do conceito, o que se dava justamente na tentativa de achar qual seria sua tratativa pelos Tribunais. A relação entre o interesse público e o Poder Judiciário, então, apareceu como móvel bastante benfazejo à pesquisa, não sendo um tema, nem de longe, esgotado pela doutrina. Aliás, é digno de nota que, apenas após a definição do tema eu tive a felicidade em perceber que o mesmo (não o interesse público especificamente, mas sua supremacia) era alvo de reaceso e acalorado debate doutrinário, o que foi uma motivação a mais para levar o trabalho à frente, sendo que, de início, estava eu totalmente incauto ao fato de que o tema era tão candente entre os administrativistas atualmente.

No decorrer da pesquisa, felizmente, acabei encontrando diversos autores que tratavam de pontos específicos sobre o tema, de modo que foi possível encarar o tema de modo inédito, e, mesmo assim, não inventivo, que é o que se espera de uma pesquisa de graduação. Tomei o cuidado, por mais de uma vez, de não tirar conclusões levianas, nem de propor algo totalmente inovador, pois, apesar de o papel do pesquisador seja justamente o de pensar criticamente o Direito e produzir conhecimento, busquei ao máximo me ater aos limites formais de um trabalho de

conclusão de curso. Levando em consideração de que a pesquisa não é a mera repetição do que está escrito, e ciente de que este é um trabalho monográfico, respeitei-lhe os limites, mas também procurei explorar-lhe ao máximo suas possibilidades. À parte certa dificuldade oriunda do meu crescente interesse sobre o tema, perquiri ser inovador, pois o tema, de relevada importância, não tem abordagem tão ostensiva que tenha chegado a meu conhecimento, sem, contudo, ser inventivo. Nesse viés, como dito, tive a felicidade de encontrar farta bibliografia e orientação virtuosa, que fizeram o trabalho florescer.

Busquei contemplar o máximo de doutrina possível, de autores que tinham os mais diversos posicionamentos, o que foi-me excelente, pois eu mesmo não tinha um a princípio – o tema realmente me instigava – e pude apreciar sem pudores todas as visões. Esse levantamento tem diversas conseqüências na redação posterior do trabalho. Muitas vezes o escrito traduziu precisamente o roteiro da pesquisa. Por exemplo, por mais de uma vez, após relativamente extensa revisão bibliográfica de duas posições que se embatem, cheguei à síntese de que a divergência era contingente, e que não possuía grandes mudanças para o trabalho. Em outras, registrei o levantamento de hipóteses por determinada parcela da doutrina de modo detalhado para, logo após, dizer que eram totalmente inválidas diante de uma outra determinada perspectiva. No entanto, sempre busquei aproveitar tangencialmente essas investigações para aferir conclusões úteis ao desenvolvimento do trabalho, até para não tornar nulo o esforço – tudo foi aproveitável. Essa recapitulação minudente de algo que depois foi demonstrado errôneo no próprio trabalho foi alvo de críticas durante a orientação. Todavia, não se trata de preciosismo ou de mera exibição gratuita de conhecimento, em uma tentativa de abarcar o máximo de bibliografia possível na tentativa de “blindar” melhor a análise. Sobretudo em um trabalho de monografia, os resultados que demonstram caminhos infrutíferos, “becos sem saída”, são importantes para a construção dos saber (principalmente de quem não era entendido do tema *a priori*). Em outras áreas do conhecimento, o relato do erro é até mais importante do que o acerto. Até porque, se se soubesse aprioristicamente qual era o caminho seguro e certo de investigação, não haveria sequer motivo para seguir a pesquisa, senão de forma insincera. Assim, nenhuma página escrita será lida em vão, e todas as

teorias e autores utilizados no relatado têm importância para a construção da pesquisa.

Aliás, se o trabalho teve alguma valia pessoal, com certeza uma delas foi, além do aprendizado em *tabula rasa*, o repensar de várias certezas pré-estabelecidas, como, por exemplo, a certeza que eu tinha, ao início do projeto, de que o magistrado não poderia adentrar o chamado mérito do ato administrativo em nenhuma hipótese.

Nesse matiz, não posso afirmar que possuo um marco-teórico específico. Este trabalho não versa sobre o controle judicial do interesse público “à luz de Tício”, “sob o prisma de Mévio” ou “na guisa das contribuições teóricas do jovem Caio”. É um trabalho que mescla Direito Administrativo e Teoria do Estado, com contribuições teóricas de vários outros ramos, notadamente o Constitucional, e, assim, pede-se vênua para aproveitar cada autor naquilo que puder contribuir para a análise. De todo modo, feita essa importante ressalva, posso registrar que percebi, ao final do trabalho, que o mesmo se estruturou notadamente sobre três autores: Eduardo García de Enterría, Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo. Do último, no entanto, pode-se parafrasear que, entre a originalidade e o ecletismo, o trabalho está mais para o segundo.⁶ Diversos são os autores utilizados, com pontos de vista até mesmo contraditórios (jamais buscando-se um diálogo forçado entre eles, no entanto, e sim demonstrando a divergência), e nisso, acredito, reside uma das virtudes do trabalho.

Como o leitor já deve ter percebido, seja pelo volume da pequena resma que tem em mãos, incongruente com a maioria dos trabalhos de conclusão de curso, seja pelas linhas lidas até o momento, a concisão certamente não é uma de minhas qualidades. Busquei sempre ser claro, preciso e exaustivo,⁷ dentro das minhas capacidades de escrita. Assim, se por vezes utilizei alguma palavra menos habitual, ou redigi parágrafos longos, foi na tentativa de abordar melhor o tema, de fazer-se uso de precisão conceitual, evitar a repetição enfadonha de palavras e explorar todas as vicissitudes do tema. Não se trata, assim, de uma demonstração inócua de argumento de autoridade oriundo do tamanho do averbado (algo tão comum em peças processuais atualmente, que, pelo “milagre” da computação, se estendem

⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 30;

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica... Op. Cit.*, pp 36-38;

longamente, falam muito, mas, me verdade, dizem pouco). A busca pela clareza na exposição das idéias – essencial em um trabalho científico – foi primada do início ao fim, e se por vezes não se fez presente, é muito mais por falta do autor do que por uma vã tentativa de complexificar o que é simples. Felizmente, assim, consegui a autorização para ultrapassar as oitenta páginas regimentais, e desenvolver o trabalho dentro de suas nuances, respeitada a complexidade do tema.

Nesse sentido, adianto que foram desrespeitadas algumas regras da UFPR em relação à formatação de trabalhos acadêmicos. Por orientação expressa – a qual vim a concordar – respeitei o parágrafo 1,5 tanto na redação normal quanto nas citações longas (sendo o padrão da UFPR). Igualmente, não utilizei o esquema de citação autor-data, recomendado pela UFPR, e anotei as referências bibliográficas primeiramente com todas as informações atinentes à obra mencionada, e depois referenciei parcialmente o nome da obra (o que torna ágil a identificação pelo leitor), seguido pela designação de *opus citatum*, como fazem meus dois orientadores. Evidenciei o número das páginas em todas as referências, evitando o uso de *idem* e *ibidem*, também à revelia das normas da UFPR, na tentativa de agilizar a identificação das páginas pelo leitor. No demais, não faltou respeito a regras que compreendam a postura de um trabalho científico sério.

Por orientação expressa (e por convencimento posterior), utilizei a língua espanhola como a portuguesa, tanto em citações como em notas de rodapé, no esteio de Romeu Felipe Bacellar Filho, que demonstra a necessidade da utilização indistinta de ambos os idiomas como forma de amadurecimento das relações entre os países latino-americanos, inclusive na academia, como bem estabelece a Constituição Federal, em seu art. 4º, parágrafo único.⁸ Também por várias vezes preferi a paráfrase às citações diretas, na tentativa de adequar melhor o pensamento do autor (sempre respeitando a fidedignidade referenciada) ao contexto em que era usado, e, igualmente para tentar sumarizar determinadas ordem de idéias, evitando de que este trabalho se estendesse ainda mais. Também é necessário ressaltar que alguma citação direta que não seja referenciada com o número da nota de rodapé imediatamente após não se tratou de relapso, mas sim de que se deu continuidade a sumarização das idéias do autor, e a sua referência encontra-se em seguida.

⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 31;

Embora notadamente tenha tido a preocupação de edificar a monografia de forma equilibrada e igualitária nas tratativas, não tomei a forma pelo conteúdo, de modo que alguns pontos são mais extensos do que outros (a disparidade não é grave, no entanto). A extensão das tratativas reflete muito mais a complexidade do tema do que propriamente a atenção dada a cada um. Cada ponto foi abordado de modo a ser exaurido de modo suficiente para a investigação aqui feita, sem se amputar temas mais complexos ou estender temas mais simples que já tenham satisfatoriamente dado sua contribuição para o trabalho.

Igualmente não se tomou a forma pelo conteúdo na redação do título da monografia. É comum, na academia, por motivos de pretensa honestidade de precisão teórica, a definição extensa e hermética dos títulos. Nesse sentido, o presente estudo poderia ser entendido enquanto “a análise da atividade de revisão, pelo Poder Judiciário, do conceito jurídico de interesse público, na realidade jurídico-positiva brasileira, segundo a maioria da doutrina administrativista latino-americana e ibérica”. No entanto, esta precisão parte de uma crença em certa medida positivista de que o título, se preciso, consegue compreender todas as vicissitudes do trabalho, o que não parece ser o caso – sobretudo em um trabalho de graduação, que não se pretende, jamais, esgotar total e inexoravelmente o tema. Fato é que os temas são complexos, e quem o congloba é a própria redação, não o título. Onde que qualquer título que se desse seria igualmente incompleto, então seguiu-se à escolha do atual, que consegue satisfatoriamente apontar para o sentido do tema.

Apesar de tratar especificamente do controle judicial, o presente trabalho intencionalmente se manteve à adstrição dos posicionamentos doutrinários, sem fazer uso direto da jurisprudência. Tive a oportunidade, na ajuda da pesquisa de um amigo, de realizar uma pesquisa em todos os tribunais do Brasil, de como se dava o uso do princípio da supremacia do interesse público, com conclusões interessantes, das mais doutrinárias às mais absurdas. No entanto justamente por incongruências nem sempre relevantes da jurisprudência, bem como para não exacerbar em excesso o tamanho de uma monografia, optou-se pelo não-uso desta fonte de pesquisa (o que não obsta sua inclusão, na continuidade da pesquisa do tema, que certamente será feita). Também à guisa de complementação, pode-se citar cinco ou seis obras que indicam que seriam boas inclusões na bibliografia, mas, infelizmente, não tive acesso a elas. Garante-se, no entanto, que elas não fizeram falta essencial

na concatenação das idéias do trabalho. Obras essenciais ao desenvolvimento e às quais não tive o acesso foram citadas em *apud*, para que não se perdesse o âmago da idéia. No entanto, a investigação bibliográfica foi extensiva, e essa técnica, felizmente, foi evitada ao máximo.

Da bibliografia coletada, note-se que por vezes promovi, segundo achei conveniente para a apresentação clara da pesquisa, a sistematização dos autores (como notório no ponto 2.3). Essas sistematizações são próprias, não constam da doutrina, mas são meramente formas de melhor investigar, sem negar as particularidades de cada autor citado, agrupando-os apenas naquilo que têm em comum e naquilo que é essencial para a compreensão do ponto tratado. Tais sistematizações não parecem configurar verdadeira inovação, mas tão-somente um método de abordar a questão, dentre todos os perfeitamente possíveis.

Por fim, pontuo que a pesquisa foi-me satisfativa. Apreendi muito durante o processo, não apenas em como fazer um trabalho científico desse porte, mas também porque o tema, que para mim era muito instigante e promissor, demonstrou ser capaz de trazer uma gama de conhecimentos até então incógnitos (como o controle do mérito do ato administrativo, as zonas dos conceitos indeterminados, a estrutura do conceito, só para citar alguns). Espero que esta valia transcenda a realização do próprio autor, e que, assim, possa efetivamente dar uma contribuição, ainda que singela, à construção do conhecimento jurídico.

INTRODUÇÃO

O controle judicial da Administração Pública é tema comezinho ao Direito Administrativo brasileiro, que não deixa jamais de ser profícuo gerador de estudos e polêmicas, justamente por lidar com o equilíbrio delicado entre duas funções essenciais do Estado na aplicação da lei: a de julgar e a de administrar. Em que pese essa área tão fecunda aos administrativistas ser recanto de muitas certezas e muitos conceitos sobre os quais não há mais real disputa doutrinária, há sempre temas candentes, vieses sem análise, questões por estudar. É o caso do controle judicial de uma expressão bastante comum, mas infinitamente complexa, que orbita diversos discursos cotidianos do Direito Público em geral: o interesse público.

Como já se pronunciou o administrativista espanhol Luis de la Morena y de la Morena, todo saber que aspire ser científico buscará assentar-se sobre uma noção primária e expansiva, como um significante primeiro, e que vai, por sucessivos processos lógicos, conduzir a um sistema integrado de conhecimento. Na Matemática denota-se a noção de número, a Biologia se constrói mormente a partir da noção de célula; a Física e a Química sobre a noção de átomo. Sem esse ponto de partida, não é possível sequer vislumbrar um ponto de chegada, e toda a construção do conhecimento seria impossível. “Creo que esa noción primaria en la que potencialmente se precontiene ya el germen del Derecho administrativo y de sus sucesivos desarrollos lógicos”, pontua, “no podrá ser otra que la noción o idea del interés público”.⁹ José Manuel Rodríguez Muñoz vai além e afirma que a noção de interesse público é o elemento essencial de todo o ordenamento jurídico.¹⁰

Essa noção, todavia, não vigora incontestemente. Doutrinadores como Marçal Justen Filho vêm a alegar que a utilização de tais conceitos pelo Direito em geral, e, notadamente, pelo Direito Administrativo se reportam apenas a mitos, figuras imaginárias sem correspondência no plano do real. A consequência da ampla utilização de conceitos imbuídos de tanta vagueza seria justamente um descompasso desse ramo jurídico com o regime democrático, abrindo grande margem de arbítrio ao administrador. Esse instrumento, justamente por sua

⁹ MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas*. in: *Revista de Administración Pública*, nºs 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 847-848;

¹⁰ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. *De la noción de interés general como faro y guía de la actuación de la Administración, y como proemio a la sección “Questiones de acción pública en Extremadura”, de esta revista*. in: *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, 2009, p. 558;

vagueza, falsearia a percepção social de que o poder público estaria a perseguir um bem coletivo – quando em verdade não está, pois desrespeitaria direitos individuais – e, igualmente, esquivaria de qualquer tipo de controle externo.¹¹

Conforme afirmou um cientista político estadunidense, “o fato”, contudo, “é que é difícil imaginar que políticos, estadistas, juízes e funcionários ocupados na formulação de políticas de governo possam prescindir desse conceito” e até quem seja agnóstico quanto à sua existência, acaba tendo que se render a sua correspondência uma realidade.¹² De fato, o conceito faz parte do cotidiano de agentes públicos, sejam políticos ou não, estadistas e, também, juízes. Assim, a expressão “interesse público” não é estranha ao Poder Judiciário, colocando não raro aos magistrados o aparentemente difícil dilema de se pronunciar acerca destas duas palavras, sem que haja claro quais são os parâmetros em que isso pode ser feito, se é que pode ser feito.¹³ Isso se deve, em grande medida, à multiplicidade de acepções que carrega a expressão, pois, além de jurídico, também é o interesse público eminentemente político, sociológico, filosófico, dentre outros.

Assim, diante de tal problemática, impende questionar se seria possível a separação desses caracteres estranhos, em certa medida, ao Direito, isolando-se uma definição mais ou menos precisa de um “interesse público” tomado sob um viés eminentemente jurídico. Em outras palavras: se é possível promover um recorte semântico do conceito juridicamente, de modo que possa ser aplicado também pelo magistrado (Parte I).¹⁴

Ainda, mesmo que de fato seja possível delinear juridicamente os contornos da expressão “interesse público”, a sua possibilidade de controle judicial não é ilação necessária e imediata. Ao revés, pode ser o caso de que se trate de conceito jurídico, mas outorgado apenas à apreciação do administrador, ceifando qualquer controle judicial. Desta maneira, a questão que se coloca também remonta às

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo do espetáculo*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 67, 75, 79 e ss.;

¹² COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública*. in: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 133;

¹³ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. *De la noción de interés general como faro y guía de la actuación de la Administración... Op. Cit.*, p. 563;

¹⁴ Não que o magistrado deva ser a “boca da lei” e só possa aplicar um conceito se for jurídico, mas é notório que se houver atestadamente juridicidade relata ao conceito, oferecerá margem incontestada à sua aplicação. Isso tendo em vista que ainda é tomado com ressalvas, inclusive pelo próprio Poder a que se refere, o manejo de conceitos políticos, sociais etc.;

possibilidades e limites que este Poder tem de exercer controle sobre os atos da Administração (Parte II).

Portanto, a problemática é real e candente, e não parece emanar nenhuma resposta de pronto que satisfatoriamente responda à questão: estaria o Poder Judiciário, afinal, legitimado a controlar o princípio fundante do Direito Administrativo? Poderia ele revisar e judicar sobre o que se entende por “interesse público”?

PARTE I – INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO (TAMBÉM) JURÍDICO

A expressão “interesse público” se encontra presente em diversos discursos e debates políticos da atualidade. Ao lado de expressões de teor similar ou aproximável, tais como “interesse coletivo”, “interesse geral”, “vontade geral”, dentre outras, a referida expressão cumpre cotidianamente a função de motivar e legitimar a atuação política em diversas formas. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin, “o interesse público veicula relevantes questões que transitam em diversas áreas do conhecimento, desde a Sociologia até a Política, passando necessariamente pela Economia”.¹⁵

Neste viés, não escapa também ao Direito sua utilização, sobretudo ao Direito Público: o texto constitucional se refere a ela expressamente não menos de doze vezes, por exemplo. Ademais, “razões de interesse público” são justo motivo para rescisão unilateral de contratos administrativos.¹⁶ Sem que este interesse esteja presente, não é possível haver qualquer desapropriação legítima.¹⁷ Se em outro interesse senão nele estiver de fato motivado qualquer agir da Administração Pública, incorrerá o agente em desvio de poder,¹⁸ apenas para citar alguns exemplos.

Outrossim, não cabe olvidar a menção ao Princípio da Supremacia do interesse público, de assento constitucional,¹⁹ que não apenas se aplica cotidianamente nas relações entre Administração e administrados, v.g. no exercício do poder de polícia, como também conforma todo o regime jurídico-administrativo. Em razão da supremacia do interesse público, é previsto no ordenamento jurídico

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Do Direito das Coisas. Vol. XV, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62;

¹⁶ BRASIL. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93)*: “Art. 78 Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.”

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: “Art. 5º (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”;

¹⁸ Assim preceitua José Cretella Júnior: “Entendido o *desvio de poder* (...) como o “uso indébito que o agente administrativo faz do poder discricionário de que é detentor para a consecução de fim diverso do que a lei preceitua”, e pontua: “O fim de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o *interesse público*. (...) De modo que o fim é sempre *fim público*, genérico ou específico”. In: CRETELLA JÚNIOR, José, *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 49 e ss.;

¹⁹ Sobre o tema, conferir: HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.;

uma série de prerrogativas e privilégios ao ente público,²⁰ e, em razão deste mesmo princípio são estabelecidas diversas sujeições e restrições à Administração Pública, que não encontram símile na esfera jurídica dos administrados.²¹ Deste modo, “é possível inferir que, por mais paradoxal que possa parecer, o *interesse público* serve para legitimar e, simultaneamente, para limitar o exercício do poder”.²² É o que Emerson Gabardo chama de *sujeição como contrapartida da prerrogativa*: “ou seja, o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido a sua submissão à vontade do povo)”.²³ Não parece exagerado afirmar, deste modo, que o Princípio da Supremacia do interesse público, portanto, é o grande *conformador*, o fundamento,²⁴ de todo o regime jurídico-administrativo. Alguns autores, como Guylan Clamour, observam a grande importância do conceito sob análise através de expressões metafóricas como: “noção mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”.²⁵

Entrementes, a despeito do caráter nuclear e irradiador que o conceito de interesse público ocupa no ordenamento juspublicista, somados às suas menções expressas no texto legal que ordenam o agir da Administração, e mesmo sua presença nos discursos políticos e eleitorais cotidianos, seu conteúdo, a princípio, é de difícil definição. Conforme afirmou Guillermo Andrés Muñoz, “*el interés público existe, todo el mundo habla de él, es um principio conformador del ordenamiento jurídico, sin embargo, es muy rebelde a toda definición. A la hora de definir qué es el interes público, cuál es el contenido real del interes público, la question empieza a complicarse*”²⁶. Observa-se, aqui, que o autor, embora reconheça a existência do

²⁰ Pode-se citar, de forma exemplificativa, a *presunção de legitimidade* (legalidade e veracidade) que possuem os atos administrativos; igualmente, o prazo em quádruplo e dobro para contestar e recorrer, respectivamente no Processo Civil (*Código de Processo Civil* (5869/73), art. 188), dentre outras;

²¹ Um exemplo contundente é o princípio da legalidade, que opera de modo inverso em relação ao particular. Isto é, enquanto para este a legalidade é um limite negativo, proibindo algumas condutas e permitindo todas as demais, para a Administração a legalidade diz justamente o contrário, sendo um limite positivo: só permite aquilo que expressamente for previsto.

²² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 115;

²³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 260;

²⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 120;

²⁵ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt General et concurrence: essai sur La pérennité du droit public em économie de marche*. Paris: Dalloz, 2006 *apud* HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. *O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das Origens do Direito Administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.33;

²⁶ MUÑOZ, Guillermo Andrés. *El Interés Público es como el Amor*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23;

significante do conceito “interesse público”, dispensa, no entanto, a definição de um *significado*, embora este também exista, pois assim conclui: “*Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo*”.²⁷

O mesmo se passa com o estadunidense J. Roland Pennock, o qual afirma “que o termo seja vago não se pode negar. (...) Mas isso não equivale a dizer que não seja um conceito válido no sentido daquilo que transmite uma significação”.²⁸ Para o autor, no entanto, não há motivo para se negar ou repudiar a funcionalidade das palavras apenas por sua vagueza, utilizando como exemplo, em vez do “amor”, a “beleza”. Demonstra Pennock como o conceito de beleza também não é afeito a definições, mas atesta que, a despeito dessa fluidez, ninguém “poderia negar que exista uma tal coisa como uma mulher bonita”.²⁹ Ou seja: não é a indefinição inerente ao conceito que lhe retira sua significância. Para o autor, com o interesse público acontece o mesmo que com a beleza: “grande parte de sua imprecisão desaparece quando é colocado num contexto específico”.³⁰

Além de Muñoz e Pennock, diversos outros autores, diante da “rebeldia” do conceito em ser definido, vêm a negar qualquer conteúdo *a priori* ao conceito, seja para desmerecer o seu caráter legitimador do agir da Administração —é o caso de Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Schier, Marçal Justen Filho, Rodrigo Kanayama, dentre outros — seja para exaltar a própria “indeterminabilidade” como qualidade positiva ao conceito, pois “fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto”³¹ — como nos casos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem, Eduardo García de Enterría, Luís de la Morena y de la Morena, Fernando Sáinz Moreno etc.

Independentemente, por hora, de qual viria a ser o verdadeiro conteúdo do conceito, fato é que ele está, como se disse, presente na vida política, econômica e,

²⁷ MUÑOZ, Guillermo Andrés. *El Interés Público es como el Amor... Op. Cit.*, p. 30;

²⁸ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito*. in: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 179;

²⁹ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade... Op. Cit.*, p. 180;

³⁰ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade... Op. Cit.*, p. 180;

³¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.* p. 288;

especialmente, positivado na ordem legal, no regime-jurídico administrativo, conforme se aludiu brevemente nas linhas acima. Assim, sendo, como é, usado para justificar e dar mote ao agir da Administração, a qual também se encontra vinculada ao princípio da legalidade, não será incólume à apreciação pelo Poder Judiciário o conceito em questão. Ou seja, este Poder, alheio à Administração, adstrito (a princípio) apenas a juízos de legalidade, deverá,³² por exemplo, emitir seu juízo se questionado acerca da existência ou não de interesse público em rescisão unilateral de um contrato, no conforme do art. 78, XII, da lei 8.666.

Deste modo, antes de se debruçar especificamente sobre a questão nuclear da apreciação pelo Judiciário do interesse público, compete analisar a *extensão e compostura jurídicas*³³ que possui o conceito. Impende-se, assim, a dar seguimento à análise das bases filosóficas sobre as quais se erige o conceito utilizado pelo Direito Público (1.1) e de que maneira, vale dizer, sob que feição o mesmo foi incorporado à ordem jurídica. Igualmente, imprescindíveis às demarcações entre o que seria o interesse público em relação àqueles outros de natureza diversa da dele – quais sejam, os interesses privados, pois, como se verá, a contraposição para com o *privado* é nuclear na identificação e demarcação daquilo que é *público* e recebe uma ressignificação no Estado Social e Democrático de Direito (1.2). De posse deste entendimento é cabido, só então, buscar a natureza, estrutura (1.3) e, por fim, se houver algum, conteúdo jurídico (1.4) que compreende, dentro do ordenamento constitucional e infraconstitucional, a singela e complexa expressão “interesse público”.

1.1. UM “INTERESSE” A QUE SE POSSA CHAMAR “PÚBLICO”: NOÇÃO REPUBLICANA E MODERNA

A existência de um interesse trans-individual, que compita a todo o grupo social, parece natural e imanente à própria idéia de Sociedade. Qualquer reunião de pessoas, seja – em termos atuais – uma Associação de moradores, uma Sociedade Anônima, um Sindicato, um Centro Acadêmico, um partido político, dentre tantas outras, possui, por excelência, um interesse seu, isto é, atinente àquela coletividade, e que poderia, a princípio, não pertencer a cada um de seus membros caso não

³² O verbo é imperativo, de acordo com o Princípio da Indisponibilidade da Jurisdição, consagrado na Constituição, art. 5º, XXXV;

³³ Os termos são de Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 97;

estivessem daquela forma reunidos. O mesmo acontece com a própria Sociedade, que, em existindo, possui interesses, extraídos da própria vontade dos indivíduos que dão origem a ela e sem eles ela não existiria. Há, naturalmente, fins e objetivos à coletividade reunida, os quais beneficiarão seus membros. É nesse viés que Celso Antônio Bandeira de Mello vem a afirmar que a existência de tal interesse, titulado pela Sociedade, pela coletividade, “é pressuposto de uma ordem social estável”,³⁴ e, ainda, que prepondera sobre os interesses meramente individuais.

Nos dizeres de Walter Guandalini Jr., “é possível afirmar que houve alguma forma de domínio político e de administração durante todo o curso da história”, no entanto, “se partíssemos dessas premissas, a história do direito público se confundiria com a história do poder e da administração, e sua origem estaria na aurora das sociedades humanas”.³⁵ Assim, impossível negar-se a existência de um interesse geral, coletivo, em toda e qualquer sociedade e agremiação humana que tenha existido, o que, no entanto, não significa, sequer remotamente, dizer que houve um *interesse público*, no sentido que a expressão é utilizada atualmente e que está positivada, no decorrer de toda a história.

Alguns autores, *a contrario sensu*, procuram fazer digressões que remontam ao período clássico no intuito da identificação de antecedentes históricos à noção de “interesse público”. Dentre eles se inclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual afirma expressamente que: “com efeito, a idéia da existência de interesses gerais diversos dos individuais encontra suas origens na antiguidade greco-romana”,³⁶ Para a administrativista, que se remete ao fim-último de todos os seres de *viver bem* (o *eu-zen* de Aristóteles), “se os indivíduos se reúnem nas cidades (*polis*) é porque querem ‘viver bem’; para que alcancem esse objetivo, é necessário que os cidadãos visem ao interesse comum, ou em conjunto, ou por intermédio de seus governantes”.³⁷ Também faz a remissão aos gregos o estadunidense Gerhart Niemeyer, que pontua que para Aristóteles (e também Platão) “é da

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit. p. 69;

³⁵ GUANDALINI JR., Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 45;

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). Op. Cit. p. 86;

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público...* Op. Cit., p. 86;

interdependência econômica que nasce a necessidade da ordem pública”,³⁸ e é esta interdependência o embrião de qualquer interesse público.

Outros autores, como José dos Santos Carvalho Filho, buscam uma “noção clássica”³⁹ de interesse público no Direito Romano – mormente a partir da divisão entre os ramos público e privado que se dava naquele ordenamento, constatada através do célebre brocado de Ulpiano.⁴⁰ Para o autor, “com certeza, tratava-se apenas de noção embrionária, mas registrava como ponto central o *interesse*: se este era do Estado, a norma seria de Direito Público; se dos indivíduos, seria de Direito Privado”.⁴¹ Compactua dessa noção Ruy Cirne Lima, para quem desde os romanos existiria a noção de interesse público e esta serviria ao fim de legitimar a cogência do Direito.⁴²

Gerhart Niemeyer continua sua linha evolucionária histórica remetendo ao interesse público na idade média através dos santos Agostinho e Tomás de Aquino. Conclui o norte-americano que “a paz, a ordem, a justiça na estrutura da participação, a participação na existência e no destino transcendentais, é que constituem a característica fórmula cristã do interesse público”.⁴³ Isto porque “em consequência da identificação que faz Agostinho da Cidade de Deus como a mais alta comunidade humana, o sentido da comunidade política ficou estritamente confinado à paz, à ordem e a um mínimo de justiça”.⁴⁴ Assim, se Deus é a causa primeira e o fim último de toda ação, e o objetivo da vida do homem seria buscar a salvação, o interesse da comunidade política seria manter padrões mínimos de ordem e justiça, a fim de que o homem consiga atingir o Reino dos Céus.

Em que pese a importância destes e outros estudos que buscam, e infirmam, a existência de um “interesse público” no transcorrer dos mais diversos períodos históricos (abarcando, aí, cerca de dois ou três mil anos de história), é necessário observá-los com reservas.

³⁸ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. in: FRIEDRICH, Carl J. *Op. Cit.* p. 14;

³⁹ O termo é do referido autor;

⁴⁰ “*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem*” - “Direito público é o que tange ao estado das coisas romanas (ao passo que o) privado (pertine) à utilidade dos indivíduos” (Digesto, 1,1,1,2)

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse Público: Verdades e Sofismas*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Op. Cit.* p. 69;

⁴² LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Santa Maria, 1953. pp. 42 e ss.;

⁴³ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado... Op. Cit.*, p. 17;

⁴⁴ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado... Op. Cit.*, p. 16;

Inicialmente, cumpre observar que “a identificação de um marco originário propugna por uma delimitação arbitrária e controversa”.⁴⁵ Nesse sentido, sem se olvidar a importância da cultura e filosofia helênicas na formação epistêmica européia (e, por decorrência, americana), parece precária a designação de qualquer marco inicial, seja nos gregos, seja nos romanos, que aponte para a gênese do conceito de interesse público. Cabe lembrar a observação de Celso Antônio sobre a noção de interesse público, existindo inclusive com primazia sobre os interesses privados, ser “pressuposto de uma ordem social estável”.⁴⁶ Ignorar outras sociedades preexistentes como dotadas de interesses trans-individuais parece incauto, donde o estabelecimento do marco inicial ser, de fato, no mínimo controverso. Outrossim, a busca pela gênese de um conceito jurídico atual em dado momento de um passado remoto induz a aproximações nem um pouco sutis ou apropriadas, e ignora as profundas diferenças do contexto (social, jurídico e mesmo estatal) entre os momentos de comparação.

Nesta senda, é igualmente admoestada a visão que entende pela evolução histórica do conceito – no entendimento de uma concatenação linear das idéias que veio a resultar na noção atual de interesse público –, típica do positivismo jurídico. É o que demonstra Ricardo Marcelo Fonseca:

Uma abordagem histórico-jurídica de inspiração positivista (como o faz a maioria dos manuais), além de executar um desserviço à disciplina da história do direito (ao menos àquela que é executada com um pouco de seriedade), acaba por resultar numa série de funestas conseqüências teóricas e práticas que não são desprezíveis.

Tais conseqüências são acentuadas entre outros por Antônio M. Hespanha, que nos lembra que, a par desse procedimento positivista acabar por distanciar-se do passado que é (ou deveria ser) objeto do estudo e aproximar-se da lógica do presente (...), a *historiografia jurídica positivista serve de combustível para uma glorificação da positividade jurídica vigente*. E isto ocorre de duas formas básicas. Por primeiro, tal história do direito cumpre um papel legitimador do direito presente ao pretender provar que determinadas características do discurso jurídico – (...) – pertencem à “natureza das coisas”. Os institutos contemporâneos são assim “naturalizados” e tidos como o resultado da tradição. Os conceitos (hauridos da “história”) adquirem validade transtemporal por serem legitimados pela tradição. A história, em suma, torna-se justificadora do presente através de uma suposta demonstração de que o presente foi o caminho “natural” do processo histórico. Em segundo lugar, tal procedimento historiográfico cumpre papel legitimador na medida em que vislumbra a linearidade histórica como algo que conduz, de modo necessário, ao progresso (no caso, o progresso jurídico). (...) Assim, no primeiro caso o presente jurídico é naturalizado, é visto como a única possibilidade histórica que o direito passado poderia ter tomado; no segundo caso o presente jurídico é vislumbrado como resultado de um progresso natural, onde o direito vigente seria o ápice. Por ambos os lados, o direito atual é

⁴⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 254;

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 69;

colocado, por meio desse enviesado discurso ‘histórico’, no pedestal mais alto, digno da época histórica mais “avançada” que existiu (que seria – ai de nós! – a época atual).⁴⁷

Assim, as abordagens que buscam a noção de interesse público em um regresso histórico de séculos (ou milênios), *data venia*, são de importância discutível para remontar de forma útil a noção do conceito que ora se investiga. Ainda que esta abordagem seja feita por nomes dos mais respeitáveis da doutrina nacional e internacional, inegável a observação de que elas buscam, de maneira mais ou menos compromissada com uma investigação histórica do Direito, produzir uma “naturalização” do conceito, qual seja, o conceito de interesse público. Consoante os ensinamentos de Fonseca, a análise do objeto histórico não se pode dar “numa linearidade temporal construída *a posteriori*”, “impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha”⁴⁸ e que, nas palavras de Walter Benjamin, demonstra uma “induvídiosa empatia com o presente”.⁴⁹

Uma dessas aproximações a-históricas, na qual incorrem essencialmente todos os teóricos que buscam no passado remoto os conceitos de interesse público acima mencionados, é partir de um “‘paradigma estadualista’ e de uma forçada crença na ‘idéia de separação’ (entre Estado e sociedade civil) antes mesmo da modernidade política”.⁵⁰ Se conceitos como “contrato”, “família”, “sujeito”, dentre outros, típicos do jusprivatismo,⁵¹ são completamente ressignificados durante a história e, à parte ter o mesmo significante, são encarados de maneira completamente diferente antes e após o advento do Estado⁵² e da modernidade política, a distinção para aquilo que significa “público” é ainda mais profunda, pois a própria noção de “público”, tal qual a concebemos hoje, é legatária da modernidade política, como se verá adiante. Ainda que institutos que hoje são nucleares ao Direito Público, tal qual a desapropriação, já existissem no medievo,⁵³ a própria dicotomia público/privado foi praticamente inexistente durante praticamente toda a Idade Média.⁵⁴

⁴⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 62-63;

⁴⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*: Do sujeito de Direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001. P. 26;

⁴⁹ BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. São Paulo: Brasiliense, 1988. pp. 224 e ss.;

⁵⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho... Op. Cit.*, p. 29;

⁵¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 13;

⁵² ROPPO, Enzo. *O contrato... Op. Cit.*, pp. 25 e ss.;

⁵³ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. Sequência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, nº 55, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 258;

⁵⁴ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 49 e 93;

Fugir do discurso “triumfalista, progressivo e naturalizador”,⁵⁵ não significa, contudo, uma busca por deslegitimar o conceito atualmente, já que ele não é um dado natural, uma evolução histórica consecutória e invariável. Pelo contrário, analisar o conceito dentro do seu tempo e local específico é buscar-lhe a significância adequada, legítima, de forma madura, que respeite “a lógica da mudança, das contradições e das diacronias próprias do passado”.⁵⁶ Evita-se, desta maneira, ataques ao conceito, hoje, por ele hoje de fato não ser aquilo que se afirma que fora no passado e, assim, como as análises triunfalistas não podem vingar, chega-se à conclusão (em geral falaciosa) de que o conceito não tem valia alguma.

Igualmente, não significa dizer que a noção de interesse público foi criada *ex nihilo*, e não possui qualquer ligação com o passado. Primeiramente porque tal agir seria simplesmente tomar a mesma atitude criticada de estabelecer um marco histórico “arbitrário e controverso”, simplesmente deslocado para outro momento histórico mais conveniente (por exemplo, a modernidade política ou a Revolução Francesa). Isto porque entender que o passado não pode ser estudado pelo paradigma do presente, que não se trata de uma evolução linear, não denota ignorar todo o passado, como se ele fosse desimportante e não tivesse influência alguma na constituição dos eventos posteriores a ele e do presente. Portanto, parafraseando Ricardo Marcelo Fonseca, a noção de interesse público, “como qualquer tema ou instituto jurídico, não é uma jóia do tesouro da humanidade, repentinamente descoberta e crescentemente lapidada. Ela é uma produção histórica, inventada e reinventada, dentro de um contexto complexo e conflitivo que é necessário analisar”.⁵⁷

Nesse sentido pode-se tomar como exemplo o estudo promovido por Daniel W. Hachem, que, longe de buscar uma prospecção histórica que remonte à noção de interesse público em períodos em que não se pode sequer falar na existência da figura Estado de Direito, traz à baila a idéia de *bem comum* tomista, justapondo-a (e não a igualando) à noção de interesse público. Pondera o autor que “a noção de *bem comum* funda-se na premissa de que, sob o influxo da lei natural, o homem

⁵⁵ FONSECA. Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho...* Op. Cit., p. 29;

⁵⁶ FONSECA. Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho...* Op. Cit., p. 28;

⁵⁷ A citação, no original, é dedicada ao instituto da subjetividade. No entanto, em se levando em consideração o paradigma historiográfico adotado, é cabida também para a análise do interesse público, haja vista que o próprio autor dá à citação a generalidade de se adequar não apenas à subjetividade, mas igualmente a “qualquer tema ou instituto jurídico”. FONSECA. Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho...* Op. Cit., p. 29;

tende a buscar não apenas o seu próprio bem, mas também o da sua comunidade”⁵⁸ e que não existiam grandes preocupações na relação entre o interesse geral e os interesses privados, uma vez que esses já conduziriam à consecução daquele. Por fim, arremata com a observação de que “como se verá, a perspectiva que situa os interesses públicos e os privados em posição de distinção e hierarquia avulta apenas na modernidade, quando o homem passa a ser considerado em uma perspectiva antropocêntrica, racional e individualista”.⁵⁹

Ulterior estudo sobre o tema faz Walter Guandalini Jr., que mostra como, muito antes do advento da Revolução Francesa, um alegado “interesse geral” vem a se consagrar como forma legitimadora do poder do monarca. Assevera o autor que já no baixo medievo “o condicionamento do poder real ao benefício comum faz com que o seu exercício deixe de ser visto como prerrogativa pessoal de seu titular e passe a estar juridicamente condicionado à satisfação do interesse geral do grupo”.⁶⁰ Interesse este, que, no entanto, possui significado bastante distinto daquele adquirido após o período revolucionário, como se verá, pois dava ao príncipe prerrogativas supra legais.⁶¹ Como remonta Angela Cassia Costaldello, “a lei não vinculava o poder do Príncipe”.⁶²

A feição do instituto sofre modificações graduais através do processo de laicização do Estado, momento a partir do qual a noção de “interesse geral” vem a substituir cabalmente o bem-comum tomista, asseverado pelo discurso católico. Neste diapasão, a noção do interesse comum se modifica na medida em que também é modificada a relação do indivíduo com a coletividade.⁶³ Assim, o poder político e o próprio espaço público deixam de ser fundados em leis naturais e imutáveis, que meramente fazem reproduzir uma tal forma de ordenação social como quer a vontade divina. O poder político, dentro da racionalidade moderna que se aflora, desloca para o sujeito a fonte do poder através da idéia de “contrato social”. Conforme elucida Eneida Desiree Salgado,

⁵⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 78;

⁵⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 79;

⁶⁰ GUANDALINI JR. Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro...* Op. Cit., p. 57;

⁶¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 115;

⁶² COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 11;

⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 79;

O contratualismo se insere no projeto de modernidade, trazendo um novo fundamento para o poder político e revelando seus três pilares [racionalismo, universalismo e individualismo]. Em consonância com o paradigma do sujeito, a partir da idéia de contrato fundante do Estado, reconhece-se a legitimidade do exercício do poder de um homem sobre os demais não mais pela natureza das coisas ou pela vontade de Deus, e sim pela concordância dos indivíduos por uma análise racional. A organização política passa a ser definida pela razão humana: o homem se organiza em uma sociedade política e se submete a uma autoridade a partir do seu consentimento racional.⁶⁴

Desde Hobbes é possível notar uma modificação na base legitimadora do poder estatal: não mais a ordem das coisas, mas a vontade racional do ser humano. Para o filósofo inglês, o Estado nada mais era senão a apoteose da capacidade de *artifex* do homem,⁶⁵ que, da mesma forma como consegue engenhar as mais diversas obras, também é capaz de, por sua capacidade racional, entendendo todas as mazelas que decorreriam do estado de natureza, fundar este inexorável Leviatã, que se ergue através da união de todos os indivíduos e a quem compete à assimilação e salvaguarda do interesse de todos (que, para Hobbes, era a simples condição de paz e afastamento do hipotético estado em que não haveria qualquer regra ou garantia).⁶⁶ Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, “o estado alternativo regido pelo *Leviatã* é o estado em que os custos potenciais de submissão a um poder transcendente são inferiores aos encargos da vida natural”.⁶⁷ O aporte à atuação do governante é, assim, a vontade decorrente da razão, que entende *sempre* que o Estado é preferível ao estado em que tudo, até a própria vida, não possui qualquer garantia segura de manutenção (não é possível, assim, qualquer pessoa racional não ser “signatária” do contrato hobbesiano).

Com o decorrente recrudescimento do humanismo e do antropocentrismo na filosofia européia dessa visão de mundo eminentemente mais racional, também se modifica de forma sensível o entendimento acerca daquilo que seria a essência desse interesse geral. “O trânsito ao ‘moderno’ envolveu, entre outras coisas, um novo sentido de *vida urbana*, aderido ao crescente papel da burguesia e do dinheiro”.⁶⁸ Como aponta Walter Guandalini, essa mudança acontece principalmente sob influência das teorias liberalistas e fisiocratas, pois o mercado e as relações de troca de capital passam a adquirir cada vez maior importância. Identifica que,

⁶⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno*. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (org.). *Direito Moderno e Contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas: Delfos, 2008, p. 84;

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 20 e ss.;

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, pp. 15 e ss.;

⁶⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau – uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 51;

⁶⁸ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça... Op. Cit.* p. 97;

Quando o mercado passa da ordem prática à ordem do saber, deixa de ser objeto de controle para se tornar objeto de inteligibilidade. Organiza-se, assim, uma nova ética pública, que faz do interesse o novo fulcro da própria relação de cidadania, e tende a limitar a atividade de polícia ao campo estrito da segurança - o que dá origem a um novo dispositivo de poder e a novas formas de governo dos homens.

A própria uniformidade adquire um novo significado: não se trata mais da uniformidade que seguia a lógica da disparidade natural dos corpos, a exigir intervenções disciplinadas de caráter geral para a medição e comparação das desigualdades, dos direitos e das autonomias; a uniformidade, agora, é aquela de uma sociedade inteiramente individualizada, e tornada cada vez mais homogênea pela noção de *interesse*, por meio da qual se submete à tutela da autoridade do soberano. O espaço político se esvazia e simplifica: desaparece a multidão de instâncias intermediárias, e a miríade de corpos auto-administrados é substituída por uma auto-administração, símbolo de uma nova ordem individual e de um vínculo social fundado exclusivamente sobre a propriedade. A polícia como instrumento de intervenção social é desativada, e o pluralismo corporativo é substituído por uma unidade nacional portadora de interesses definidos autonomamente em relação ao príncipe.⁶⁹

É neste sentido que, por derradeiro, Ailton Cerqueira Leite Seelaender vem a afirmar que “tributário, em suas origens, de tantos ramos tradicionais do direito, o direito público é, porém, filho legítimo da Idade Moderna”.⁷⁰ Embora pudesse se falar na distinção entre as duas esferas (direito público e direito privado) em períodos anteriores, como o Direito Romano ou, com bem menos intensidade, o Direito medieval, o “campo do Direito Público” só atingiu uma autonomia “reivindicada e proclamada” na modernidade, em grande parte por decorrência dos interesses atinentes ao chamado absolutismo jurídico.⁷¹ É nesse cenário (a modernidade política e a institucionalização dos Estados nacionais), embora ainda séculos à frente, que florescerá a idéia de interesse público, como se verá adiante.

Observa-se a grande influência de vários autores, cujo pensamento era dotado de cunho essencialmente liberal (e que defendia o interesse da classe em ascensão, a burguesia) que vêm afirmar que o verdadeiro interesse coletivo que deveria ser perseguido pelos governantes não seria nada mais do que “coibir invasões indevidas no campo reservado à autonomia privada”.⁷² Nesse sentido, o esforço feito por Gehart Niemeyer⁷³ sintetiza o pensamento de alguns deles, como

⁶⁹ GUANDALINI JR. Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro...* Op. Cit. p. 87;

⁷⁰ SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. *O contexto do texto...* Op. Cit., p. 259;

⁷¹ SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. *O contexto do texto...* Op. Cit., p. 274;

⁷² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 82;

⁷³ Com a ressalva de que o autor, em verdade, busca fazer uma remissão até os gregos da noção de interesse público, passando, inclusive, pelo pensamento liberal –visão esta que já foi devidamente criticada e afastada neste trabalho. Ainda assim, mesmo em não se adotando a posição do autor de que o instituto que se trata é, de fato, *interesse público*, as digressões angariadas são pertinentes ao estudo atual. Observe-se, assim, que o estudo do autor se refere ao conceito “interesse público” neste período histórico, mas, para afastar qualquer dúvida quanto ao conteúdo do que está a se tratar, referenciar-se-á aos “interesses coletivos”, em razão das próprias observações que carregam este capítulo;

Locke, Adam Smith e Stuart Mill. Em suma, o interesse geral seria a mera satisfação dos interesses privados. Isso porque a relação entre os indivíduos era regida por leis inerentes à sociedade, não devendo o poder público nelas se imiscuir. “Desse modo, o interesse aquisitivo individual era em si mesmo uma fonte de ordem”, com o intuito de “defender ‘de agravo ou molestamento’”⁷⁴ a liberdade e a propriedade privada. Por conseguinte, destaca Niemeyer, é vacilante a cristalização de um conceito de interesse público na fase do liberalismo econômico e filosófico, afinal aquele seria um “inteligível derivado de interesses particulares”.⁷⁵ Também para outro norte-americano, John Montgomery,⁷⁶ o conceito de interesse geral “está intimamente relacionado com o aparecimento de direitos individuais econômicos e outros estabelecidos por leis, e com a teoria ocidental do papel do Estado como guardião supremo do direito do indivíduo a uma auto-realização moral”.⁷⁷

Assim, em verdade, o que se propugna até então (e que será, até certa medida, o pensamento adotado pelos revolucionários posteriormente) é a existência de um espaço público que só existe em função da satisfação e proteção dos afãs privados. Deste modo, o nascedouro de uma administração pública por excelência é essencial para a compreensão do conceito de interesse público – que só se estabelecerá, contudo, ainda em momento posterior. Isto porque, como aponta Guandalini, mesmo no início do século XVIII, “apesar da precoce consolidação de uma estrutura burocrática, ela não é acompanhada pelo nascimento de um poder administrativo”,⁷⁸ o que é essencial perante a presente cognição, afinal, “ainda não existe, em suma, uma administração em sentido jurídico, compreendida como aparato detentor de subjetividade específica e destinado exclusivamente à proteção concreta do interesse público”.⁷⁹

Esta compreensão é essencial para o entendimento do porquê de até mesmo nos momentos “imediatamente” (em termos históricos) anteriores à Revolução Francesa, em que o Iluminismo já contava com avultada influência no pensamento (jurídico, inclusive) europeu e que a burguesia já detinha o domínio ideológico (seja pelo racionalismo, empirismo, fisiocracia, jusnaturalismo, dentre

⁷⁴ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado... Op. Cit.*, p. 19;

⁷⁵ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado... Op. Cit.*, p. 19;

⁷⁶ Aplicam-se, aqui, a este autor as mesmas críticas e ressalvas endereçadas anteriormente a Niemeyer;

⁷⁷ MONTGOMERY, John D. *O Interesse Público nas Ideologias do Desenvolvimento Nacional. in: FRIEDRICH, Carl J. Op. Cit.* p. 219;

⁷⁸ GUANDALINI JR. Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.* p. 87;

⁷⁹ GUANDALINI JR. Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.* p. 87;

tantos outros movimentos no plano das idéias que se deram até então), mas não o domínio político, não se poder falar da existência de interesse público tal qual é compreendido atualmente. Existiam, impossível dizer o contrário, interesses coletivos, que por ora podem até ser chamados de “interesse público” e desempenhavam, em parte, a mesma função de oferecer sujeições em contrapartida às várias prerrogativas do poder público, mas estes interesses não eram tidos da mesma forma, não eram embasados em uma *vontade geral* vocalizada através de uma forma específica: a lei. Os interesses coletivos estavam sob jugo do governante, do administrador, que não apenas agia em função deles, mas também os identificava. Igualmente, estes interesses coletivos que se encontram no momento jurídico pré-revolucionário, conforme ensina Guandalini Jr., não eram avocados por um aparelho administrativo nucleado na figura do Estado.⁸⁰

Por conseguinte, além da influência liberal, denota-se de relevada importância para a construção do pensamento revolucionário a noção de vontade geral rousseauiana.⁸¹ O filósofo lucubra acerca da formação da sociedade e das estruturas de poder entre os homens, originadas de dado pacto social.⁸² A partir de um acordo feito através da união de vontades totalmente livres de todos os homens, cada qual aceitaria abdicar de sua liberdade irrestrita em prol de uma estrutura heterônoma – o Estado. No entanto, abdicando livremente de sua própria liberdade na mesma parcela que todo o restante do corpo social, continua a ser tão livre quanto antes, pois está vinculado apenas ao resultado do próprio arbítrio.⁸³ Nasce, com isso, a *igualdade formal* entre os homens.⁸⁴

Tem-se, em suma, que, “em Rousseau (...) todos devem estar submetidos à lei e todos devem participar de sua formação. Todos, portanto, devem obrigatoriamente participar da formação da vontade do Estado”.⁸⁵ Dessa universalização absoluta da formação do poder político decorre que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum”,⁸⁶ ou seja, “é o povo, e não mais o monarca, que passa a

⁸⁰ GUANDALINI JR. Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro...* Op. Cit. p. 93;

⁸¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno...* Op. Cit. p. 89;

⁸² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social* – princípios do direito político. São Paulo: RT, 2008, p. 29;

⁸³ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. In: WIEFFORT. Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*, v. 1, São Paulo: Ática, 2000, p. 213;

⁸⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social...* Op. Cit., p. 43;

⁸⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno...* Op. Cit. p. 88;

⁸⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social...* Op. Cit., p. 226;

exercer a soberania”,⁸⁷ e toda e qualquer pujança estatal só pode ser exercida em prol desse interesse comum. O poder regulador da sociedade, em suma, é oriundo das próprias concessões coletivas dos sujeitos, e, podendo ser exercido heterônoma e soberanamente pelo Estado, jamais se desvencilha do povo, sua fonte-primeira. Assim, no ideário de Rousseau, “o poder pode ser transmitido, mas não a vontade”,⁸⁸ pois a vontade geral, soberana, é inalienável, e, conquanto o soberano aja em razão dela, não a titula jamais. Igualmente, a vontade geral é indivisível, pois, em sendo, não seria jamais *geral*.

Apenas a vontade geral, assim, pode obrigar os cidadãos, e esta vontade possui um meio de instrumentalização específico: a lei.⁸⁹ Somente através do Poder Legislativo,⁹⁰ por conta de sua própria formação, que tende a espelhar, de forma resumida, os diversos interesses sociais, poder-se-ia haver a tradução da vontade geral em um comando genérico e igual a todos os membros da sociedade, sem distinções ou privilégios específicos. Deste modo, a instrumentalização da lei para reger a sociedade é o que garante que ela será livre e igualmente republicana. Nas palavras de Rousseau: “chamo, pois, de República todo Estado regido por leis, sob qualquer forma de administração que possa haver: pois então somente o interesse público governa, e a coisa pública é qualquer coisa”.⁹¹

Nesta senda “entendia-se que a *vontade geral* expressava o interesse público ao criar a lei. De tal sorte, era mediante o respeito à legalidade –expressão do interesse público –que a proteção das liberdades individuais estaria garantida”.⁹² Assim procedendo, o Estado agiria sempre em razão do interesse público, ditado por aqueles que foram legitimamente escolhidos para representá-lo, referendando a sua atuação republicana.⁹³

⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das Origens do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26;

⁸⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social...* Op. Cit., p. 226;

⁸⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos...* Op. Cit., p. 14;

⁹⁰ MALBERG, Raymond Carré. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984, p.175;

⁹¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social...* Op. Cit., p. 56;

⁹² HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 27;

⁹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1998. p. 1109;

É esta vinculação da lei à vontade geral⁹⁴ – repita-se, expressão do interesse público –, somada à proteção das liberdades individuais, que será o signo de todo o constitucionalismo moderno.⁹⁵ Através de tal concepção, os revolucionários de 1789 pretendiam “*rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social competentemente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable*”.⁹⁶ A partir deste momento “messiânico”,⁹⁷ todo o poder político só se justificaria por conta da legitimação auferida por todos os indivíduos,⁹⁸ membros do corpo social, que, devidamente representados,⁹⁹ seriam os fatores das próprias leis que os regeriam. Assim, no mesmo modo de entendimento de Rousseau, ao submeter-se às próprias restrições, a liberdade de cada qual, e de todos, continuaria resguardada – todas as leis seriam leis de liberdade.¹⁰⁰ A nação substitui o Rei como titular do poder político,¹⁰¹ o qual é exercido pelos representantes apenas por delegação. Isso graças ao fato de que “todos os homens nascem livres e iguais”, como capitaneia o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em assim sendo, não haveria qualquer tipo de *privilegio* para quem quer que seja, inclusive qualquer exercício do poder que não em nome e legitimado pelo interesse geral representado. “*La relación política del ciudadano con el poder dejará de ser una relación de sujeción o subordinación personal (...); será,*

⁹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolucion Francesa Y Administracion Contemporanea*. Madri: Editorial Civitas, 1994, pp. 23-24;

⁹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política...* Op. Cit., p. 1109;

⁹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 20;

⁹⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 7;

⁹⁸ Ressalve-se que, em realidade, embora se esteja tratando, de acordo com o paradigma do sujeito, de todos os cidadãos de forma universal, há um claro recorte de gênero, que exclui as mulheres da participação política, desde o nascedouro da República burguesa. Rousseau afirma, em seu “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, que as mulheres “são feitas especialmente para agradar aos homens e devem ser passivas e frágeis. (...) Amáveis e virtuosas cidadãs, o destino de vosso sexo será sempre o de governar o nosso. Felizmente quando vosso casto poder, exercido somente na união conjugal, não se faz sentir, senão para a glória do Estado e a felicidade pública...” in: ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.146; Acerca da desigualdade de gênero e o papel da mulher na República, cf. BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo – fatos e mitos*. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1970, pp. 17 e ss. e 139-177;

⁹⁹ Cabe igualmente ressaltar, aqui, que, como é sabido, a representação política no Estado burguês se inicia através de filtros censitários, os quais garantiam o domínio seguro da burguesia acerca da produção legislativa, e da delimitação do interesse público. Isso, contudo, não sacrificava o caráter representativo e democrático do Parlamento dentro da lógica liberal, como explicita Giannini: “*El Estado liberal, o burgués, o monoclasa (nombres que varían según los puntos de vista y las teorías), reconoce el principio de igualdad, pero atribuye los derechos políticos por encima de un cierto límite y, más tarde, también a los que tienen un título de estudios de un cierto nivel. La base política del Estado liberal es, obviamente, censitaria. El concepto por el que se puede participar en los asuntos públicos es sólo el de que se es libre, siendo necesario para ser libres el no depender de otros. Hoy es claro que esto es un sofisma, pero entonces fue incluso un principio constitucional material.*” In: GIANNINI, Massimo Severo. *Premissas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 54-55;

¹⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 118;

¹⁰¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 102;

*en adelante, una relación jurídica específica de simples obediencia a la Ley*¹⁰², assim, todo o Direito também se resume à lei. O Poder Legislativo se consagra, consequentemente, como grande protagonista político em um panorama legicentrista, pois é ele, e não mais a Coroa, que determinará a diretriz política a ser tomada. Assim elucidam Gabardo e Hachem:

A razão dessa valorização excessiva da lei estava na sua vinculação com o conceito de vontade geral e na necessidade de proteção das liberdades individuais: como as leis eram elaboradas pelo corpo unitário da nação, e como os representantes do povo jamais criariam normas atentatórias contra as liberdades individuais, logo, as leis seriam sempre justas, pois refletiriam a vontade do povo, garantindo sua felicidade e assegurando que o exercício do poder político pelo Executivo se desse sempre de forma limitada. A noção de interesse geral nesse período representa um limite fundamental ao poder do legislador: o autor da lei deve ter como objetivo a satisfação do interesse geral, sob pena de tornar-se ilegítima sua intervenção. De acordo com Eduardo García de Enterría, esse papel reservado à lei é exatamente o que explicará a influência decisiva da Revolução Francesa no Direito Público europeu. Não bastava transferir a titularidade do poder do monarca ao povo; a grande novidade trazida por essas transformações foi restringir o exercício do poder através da lei, considerando-a como expressão da vontade geral do povo, e edificando sobre essa idéia os pilares do Direito Público moderno. A supremacia da lei torna-se o corolário desse ramo do Direito, fundamental à estruturação do estado, e que se apresenta como regulação jurídica do poder público.¹⁰³

A alvorada dessa promitente nova era premia a ruptura total com o regime anterior, qual seja, o Absolutismo Monárquico, o que torna necessário o nascimento de todo um aparato burocrático que venha a se reger de acordo com o princípio republicano da sociedade.¹⁰⁴ Assim, vem a se consagrar o nascimento de uma Administração Pública¹⁰⁵ que vai perseguir a consecução do interesse público, de acordo e conforme apenas com aquilo que está posto na lei, consagrando-se, enfim, enquanto “contraponto axiológico” à ordem passada das coisas.¹⁰⁶ A modificação nevrálgica, aqui, em relação ao regime anterior, é o fato de a Administração, ainda que enquanto aparelho do Poder Executivo, de forma diferente do Rei, passa a ser formada apenas por meros agentes, funcionários, administradores,¹⁰⁷ não representantes do povo. O caráter não representativo fica claro na redação do art. 2º, Seção II, Capítulo IV, Título III da Constituição Francesa de 1791, que postula literalmente que: “Os administradores não têm nenhum caráter de representação. São agentes eleitos temporalmente pelo povo para exercer, sob a vigilância e

¹⁰² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 111;

¹⁰³ HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. *O suposto caráter autoritário...* Op. Cit., p. 28;

¹⁰⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 80;

¹⁰⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Premissas sociológicas e históricas del Derecho administrativo...* Op. Cit., p. 47;

¹⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. *O suposto caráter autoritário...* Op. Cit., p. 31;

¹⁰⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 108;

autoridade do Rei, as funções administrativas”. Assim, a Administração fica preposta a praticar, oficiosamente, a realização do interesse público. Isto porque, se “administrar é aplicar a lei de ofício”,¹⁰⁸ uma vez que a Administração passa a se vincular estritamente à lei, “o objeto da atividade da Administração Pública consiste em materializar a *vontade geral*”.¹⁰⁹

Em o Estado se manifestando através das leis elaboradas pelos representantes legítimos de todos os cidadãos, as quais seriam a vontade geral da sociedade, e, de mesmo modo, agindo em prol da consecução desta vontade, observa-se, no cenário pós-revolucionário a concepção do ente estatal como o “único representante do interesse público”,¹¹⁰ e, assim, “consolida-se o domínio da administração sobre a atividade de proteção do interesse público, que havia sido subtraída ao controle judiciário durante todo o século precedente”.¹¹¹

Portanto, pode-se, em arremate, ser aferida uma primeira conclusão parcial, conseqüência do breve apanhado que se fez até agora. A idéia de *vontade geral*, construída *pari passu* com as bases que alicerçaram o republicanismo e a democracia burguesa que nascia no limiar dos séculos XVIII e XIX, passa a estar umbilicalmente vinculada não mais ao governante, ao administrador, mas sim ao Poder Legislativo, que se antepunha aos demais como verdadeiro arauto dos anseios populares. Assim, não será mais uma pessoa (ou, que o seja, um corpo administrativo), seja ela administradora, ou mesmo juíza, que terá a prerrogativa de dizer o que é, de fato, *interesse público*. Interesse público passa a ser precisamente isso: “uma vontade a ser representada”.¹¹² E esta vontade só pode ser proferida, a princípio, pelo poder que se constrói por um critério democrático, e é o espelho da sociedade, e que possui uma função bem específica: legislar. Assim, a partir da Revolução Francesa, da instituição do Estado de Direito, do republicanismo, a *lei passa a ser o veículo oficial de tradução do interesse público*.

Outrossim, a Administração Pública que está a se conformar a partir do novo governo republicano passa a estar adstrita à legalidade, que, como se sabe, lhe faz defeso agir senão em conformidade estrita com os ditames legais. Ou seja, se, de um lado, a administração apenas agirá *secundum legem*, de outro, igualmente, é a

¹⁰⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3;

¹⁰⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 93;

¹¹⁰ GUANDALINI JR. Walter, *Gênese do Direito Administrativo no Brasil...* Op. Cit., p. 99;

¹¹¹ GUANDALINI JR. Walter, *Gênese do Direito Administrativo no Brasil...* Op. Cit., p. 101;

¹¹² GABARDO, Emerson, *Interesse Público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 107;

lei que será a expressão do interesse público, assim sendo: a administração sempre agirá em prol do interesse público, ainda que não seja ela que o identifique e o expresse.

É de nuclear importância ao presente estudo essa constatação (a vinculação do interesse público à lei). Isto porque também o Poder Judiciário, em seu ofício de julgar, e julgar conforme a lei, ficará adstrito ao texto positivado no ordenamento jurídico (e só pode lançar mão de usos, costume etc. no silêncio da lei porque a própria lei assim o diz). Passa a ocorrer, assim, a incorporação do interesse público à lei, ora como substrato geral, ora como conceito específico.¹¹³

Por vezes, a própria lei, quando alude ao interesse público dirá do que se trata. É o caso, *v.g.*, da Lei nº. 8.745/93, que dispõe acerca das contratações temporárias por motivo de *excepcional interesse público*. Logo no art. 2º, a lei passa a assim dispor: “Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:”, e passa a arrolar hipóteses específicas do que seriam. Em outros como nos casos de rescisão de contrato administrativo por razões de interesse público, há mera alusão vaga ao “interesse público”, o que pode se tornar realmente problemático quando perante uma apreciação do Poder Judiciário, como se verá. Assim, imperiosa a análise do conceito de interesse público na sua feição inserta na ordem jurídica, o que se passará a fazer a partir do item 1.3. Seria, no entanto, no mínimo imprudente ignorar quaisquer mudanças no que diz respeito ao que é o interesse público desde a Revolução Francesa até os dias atuais, bem como a inegável contribuição de outras ciências sociais a este debate. Assim sendo, passa-se à análise das teorias acerca do que de fato vem a ser o interesse público e qual a sua (re)significação em face da Constituição de 1988.¹¹⁴

¹¹³ Trabalha esta noção Daniel Wunder Hachem, que categoriza o interesse público em sentido amplo, genérico, e em sentido estrito. O primeiro seria “todo interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, já o segundo seria um interesse “a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico.” *cf.* HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional...* Op. Cit. pp. 160 e ss. O tema será resgatado e estudado de forma mais minudentada no item 1.3;

¹¹⁴ Até porque, ressalte-se: “qualquer relação de identidade de sentido entre o signo ‘interesse público’ do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (como a pós-Constituição de 1988) configura um anacronismo historiográfico.” In: GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade...* Op. Cit. p. 258;

1.2. O INTERESSE PÚBLICO, OS INTERESSES PRIVADOS E A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A relação público/privado parece afeita a qualquer tipo de organização social em que se possa definir de maneira clara a distinção entre o espaço do indivíduo e o da coletividade. Neste sentido, Nelson Saldanha distingue tal divisão:

“O que se denomina *indivíduo*, em sentido antes psicológico do que propriamente ético (...) e o que se denomina *coletividade* são coisas que possuem diferentes estruturas. Na estrutura daquilo que se conceitua como indivíduo, ou como individualidade, acha-se um conjunto de elementos do viver, que se desenvolver, quer corporal quer animicamente (...), a partir de experiências que se ligam ao ‘mundo circundante’, ou seja, a um contexto caracterizado. Tal contexto corresponde, por sua vez, e isso explica e complica, à noção de “sociedade”, ou por outra, à coletividade tomada em uma acepção global, específica e provida de conteúdos peculiares. A coletividade terá, então, de ser entendida como oposta aos indivíduos, mas também *composta* por eles, sendo o “social” evidentemente uma *condição* e um *resultado* em relação ao núcleo pessoal do viver – este, de resto, não totalmente isolável”.¹¹⁵

Assim, pode-se inferir que a clivagem entre o público e o privado se constrói de forma dialética:¹¹⁶ enquanto o coletivo é formado a partir dos indivíduos, estes também são influenciados diretamente por aquele e, ainda que ambas as esferas signifiquem uma à outra, também se opõem¹¹⁷ (sobretudo após o advento da modernidade) – “o *público* se concebe em geral como algo que está fora, ou para fora, e o *privado* como algo que se acha dentro ou para dentro, mas este não se acha propriamente dentro daquele”.¹¹⁸

Esta relação estabelecida entre aquilo que é público e aquilo que é privado (que difere de acordo com o local e tempo que se está a analisar) é essencial para a compreensão do que vem a ser interesse público. A apreensão daquilo que cumpre a finalidade pública em um Estado de Direito – revelado diretamente pelo ordenamento jurídico –, como se verá, varia de acordo com os paradigmas de governo que são colocados em prática e que, por razões bastante afastadas de argumentos jurídicos (e muito mais afeitas ao domínio econômico e político), vão disciplinar a atividade estatal e definir, afinal, o que é interesse público. Onde se demonstra crucial o entendimento dessa relação e qual a significação da mesma, sobretudo no que diz respeito ao regime jurídico-administrativo contemporâneo.

¹¹⁵ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça... Op. Cit.* p. 91;

¹¹⁶ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça... Op. cit.* p. 92;

¹¹⁷ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça... Op. cit.* p. 93;

¹¹⁸ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça... Op. cit.* p. 92;

É lugar-comum, assim, na tentativa de explicação do que seria o interesse público, a comparação em relação ao interesse privado – seja quantitativa, seja qualitativamente. Há quem possa afirmar, como Jeremy Bentham, que o interesse público é a mera soma aritmética dos interesses particulares,¹¹⁹ um amálgama das vontades individuais.¹²⁰ Nessa concepção, haveria uma soma algébrica das vontades individuais em conflito, em que ou cada membro tem poder de veto em relação às propostas que o prejudiquem, ou em que apenas o mínimo de concordância unânime seria a síntese da vontade de todos.¹²¹ A esta idéia, típica do utilitarismo egoístico de Bentham, no entanto, é raro encontrar, atualmente, qualquer adesão.¹²² A idéia de interesse público ligada à quantificação absoluta dos interesses dos sujeitos acaba por ser incoerente, inclusive, com diversos institutos típicos do Direito Administrativo (mesmo em suas concepções mais liberais), que, por derradeiro, limitam o direito de liberdade ou propriedade do administrado e, assim, embora estejam em rota de colisão com os interesses particulares, são validamente sustentados pelo ordenamento jurídico, com fulcro inegável na idéia de vontade geral.

O estadunidense Edgar Bodenheimer entende que essa concepção matemática do interesse público esbarra em dificuldades que se iniciam no próprio “caráter instável, incerto e experimental da definição do indivíduo de seus próprios interesses”,¹²³ assim “a identificação do interesse público com a soma aritmética total de interesses privados subestima, entre outras coisas, certos elementos contraditórios e desconcertantes na estrutura psicológica humana”.¹²⁴ Nesta senda, mesmo a falibilidade humana em identificar os próprios interesses seria um óbice para a definição de um interesse público entendido por critérios de mera agregação. Igualmente, evidencia o autor como a doutrina benthamita incorre em erro ao se analisar a consecução típica de algumas atividades do Estado, por exemplo, no campo da política econômica, educação ou segurança nacional. Arrazoa que um

¹¹⁹ “O público se constitui de um *corpo* fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo seus *membros*. Que é, assim, o interesse público? Ora, a é a soma dos interesses dos vários membros que a compõem”. in: BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974, p. 10;

¹²⁰ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 146;

¹²¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau...* Op. Cit. p. 56;

¹²² BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar*. in: REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, ISSN 0034-8007, v. 205, 1996, p. 114;

¹²³ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do Interesse Público*. in: FRIEDRICH, Carl J. *O Interesse Público...* Op. Cit. p. 210;

¹²⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do Interesse Público...* Op. Cit. p. 209;

indivíduo, dono de varejo, pode ter interesse em por à venda um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter um nível de produção que garanta a saúde e a segurança de seus membros. Um dado outro pode desejar retirar seu filho da escola aos treze anos para ajudar a sustentar a família em um emprego ou negócio familiar, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória para além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Donos de postos de gasolina podem ter interesse em cartelizar seus preços e evitar a concorrência, o que, no entanto, é repudiado pelos demais.¹²⁵ É o que Celso Antônio Bandeira de Mello também demonstra ao explicitar que é o interesse público a feição pública dos próprios interesses individuais, e não a mera vontade individualmente considerada. Exemplifica o doutrinador que alguém pode não desejar – e provavelmente não desejará – eventualmente ser desapropriado, mas, ainda assim, não pode não ter interesse em que haja o instituto da desapropriação, ainda que ele possa vir a ser usado em seu desfavor.¹²⁶

Mesmo as concepções de bem comum, interesse coletivo, vontade geral etc. já estudadas tratam por afastar a cognição de um agregado de interesses privados – estabelecendo o interesse da coletividade em outro viés. Ainda que o interesse particular possa ser nuclear para a compreensão do interesse de dimensão comunitária, a mera identificação desse interesse com os individuais é facilmente apartada, observando-se, por derradeiro, que a diferença entre o interesse público e o particular é qualitativa,¹²⁷ não quantitativa.¹²⁸

Mesmo em Rousseau já está clara a noção de que a vontade geral não é a soma das vontades particulares.¹²⁹ Para o filósofo francês, a vontade geral, fonte da

¹²⁵ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do Interesse Público...* Op. Cit. pp. 208-209;

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit. p. 60;

¹²⁷ Emerson Gabardo utiliza uma distinção interessante e didática. Para o doutrinador, “poderia ser assim ilustrada a situação: um sujeito menciona a palavra “janela”; outro sujeito menciona, igualmente, a palavra “janela”. Não há diferença, pois se trata do mesmo substantivo ou objeto. Contudo, se o primeiro acrescenta um adjetivo, mencionando uma “janela azul”, enquanto o outro age de forma idêntica, mencionando uma “janela amarela”, então agora há dois objetos distintos pela sua específica qualidade: a cor. E pode ser tomado outro caso: dois sujeitos mencionam a palavra “manga”; não há, até este momento, qualquer diferença. Todavia, logo após o primeiro reporta-se a uma “manga curta”, enquanto o outro trata de uma “manga saborosa”. Nesse caso, novamente surgem dois objetos distintos, todavia, a diferença não se restringe a somente ao adjetivo, pois interfere no próprio substantivo. Enquanto a janela é uma janela seja azul ou amarela; a manga não é a mesma sendo curta (pois se refere a uma camisa) e sendo saborosa (pois se refere à fruta). Esta analogia com os homônimos ilustra bem a possibilidade que um adjetivo tem de alterar a própria natureza do substantivo, como ocorre com o interesse público e o interesse privado. in: GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit. p. 306;

¹²⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade...* Op. Cit. pp. 289, 306 e ss;

¹²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social...* Op. Cit. p. 47;

lei justa e legítima, só é obtida através da concordância inspirada pelos mesmos motivos, e, assim, “para que seja possível a formação dessa vontade, então, é necessário que o cidadão se afaste de seus interesses particulares e ao decidir quanto à formulação das regras, atenha-se ao interesse geral”.¹³⁰ Logo, a definição da vontade geral, base das leis que, num momento posterior, serão identificadas como o *locus* do interesse público, como se viu, é estranha às aspirações egoísticas dos indivíduos. Ao contrário, a formação dessa vontade, ainda que feita por sujeitos que tenham seus interesses próprios e que possivelmente possam ser colidentes com o interesse coletivo, edifica-se apenas sobre razões públicas. É o que Wanderley Guilherme dos Santos chama atualmente de “paradoxo de Rousseau”, pois o cidadão, enquanto formador da vontade geral, que passará a ser lei e regerá a sociedade, motivado por interesses de ordem pública, desejará, por exemplo, aumentos de impostos, máxima distribuição de renda etc., enquanto que em seu íntimo, desejará pagar o quão menos impostos for possível, manter o conforto de sua renda etc.¹³¹

É precisamente em torno dessa tensão entre as aspirações dos cidadãos enquanto membros da coletividade e egoisticamente tomados que orbitarão as diferentes formas de se conceber a abrangência e o conteúdo daquilo que se entende enquanto interesse público – sempre em sincronia com a cognição econômica e com o papel do Estado na sociedade. Assim, esse entendimento é fulcral para evitar-se qualquer tipo de compreensão do presente objeto de estudo descompassada com a realidade social e o ordenamento jurídico contemporâneo.

Rememore-se que, inicialmente, após a derrubada da monarquia absolutista e instituição do governo republicano, o novo regime jurídico-administrativo nascente buscava inspiração nos teóricos liberais dos séculos XVII e XVIII, que haviam sido o combustível ideológico da própria revolução, contrapondo à onipotência do rei um

¹³⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno...* Op. Cit. p. 89;

¹³¹ “E a razão se encontra no que me parece constituir o paradoxo de Rousseau. Uma ordem política bem-ordenada persegue dois objetivos: o de domesticação dos interesses particulares e o da administração da taxa de desconto temporal em benefício da duração da comunidade. Sustento a existência de um paradoxo no universo rousseauiano, que formulo da seguinte maneira: o que cada cidadão deseja como soberano (o governo de que é elemento constitutivo) – a saber, impostos com que financiar a produção de bens públicos, redistribuição de renda com o objetivo de minimizar desigualdades etc. – esse mesmo cidadão repudia como súdito, pois, nessa capacidade, deseja pagar o mínimo de impostos, desaprova egoisticamente ver sua renda diminuída em benefício de quem quer que seja etc. E o que aspira como súdito – subsídios especiais, isenções tributárias etc. – é para ele inaceitável em sua capacidade de soberano, como programa de governo universalista”. in: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau...* Op. Cit. p. 73;

sistema infalível de garantias, que coibissem o abuso do poder.¹³² Houve, como já dito, a inspiração de Rousseau para a edificação de uma república baseada no poder popular e na representação da vontade geral. A separação tripartite dos poderes, referenciada diretamente em Montesquieu, buscava estabelecer um sistema de freios e contrapesos limitadores ao exercício do Poder, justamente no esteio de que o Poder, se não limitado, poderá causar severos danos à esfera individual do cidadão.¹³³ Igualmente, pode-se resgatar a influência de Locke no tocante àquilo que seria a finalidade (e a própria justificação de existência) do Estado, deveras conveniente à burguesia, que acendia ao domínio da esfera política. Para Locke, “o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade”.¹³⁴ Conforme ensina Gabardo, “o interesse público nasceu com a Revolução Francesa no sentido de opor-se aos interesses personalistas, prevalecendo a vontade geral”.¹³⁵

Na continuidade dessa lógica, o Estado deveria se abster de intervir na vida dos sujeitos, senão apenas para garantir que os direitos do cidadão, sua vida, propriedade, liberdade etc. não fossem perturbados. Observa-se que “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, (...) como o maior inimigo da liberdade”.¹³⁶ Conforme assevera Benjamin Constant, “a liberdade individual é a verdadeira liberdade moderna”.¹³⁷ É, assim, a liberdade de cada qual de não se submeter a nada mais do que às leis, de não ser preso injustamente ou ter seus direitos desconsiderados por vontade de quem quer que seja, mesmo a maioria; é a liberdade de exercer um ofício, de usar, gozar e, inclusive, abusar daquilo que é sua propriedade – de não encontrar limites, senão os legais, ao desenvolvimento de sua autonomia.¹³⁸ Nesse sentido, a vitória da Revolução Francesa, enquanto revolução da burguesia, pontifica o triunfo total do liberalismo.¹³⁹

¹³² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.45;

¹³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 15 e ss.;

¹³⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos* – ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 156;

¹³⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit. p. 274;

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit., p. 40;

¹³⁷ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Porto Alegre: LPM, 1985, p. 21;

¹³⁸ ENTERRIA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit. p. 186;

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social...* Op. Cit., p. 43;

Há, assim, durante o período pós-revolucionário, a percepção de que este seria o interesse público: garantir a máxima liberdade e autonomia de todos os sujeitos. Nesse modelo, “o conteúdo do interesse público é simples: reside em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei”.¹⁴⁰ O respeito ao interesse público, dentro da perspectiva liberal, seria visto como a inexistência de intervenções do poder público ao exercício das liberdades individuais.¹⁴¹ Não caberia a ninguém, nem mesmo à coletividade ou ao Estado, definir qualquer outro papel ao exercício do poder, pois este existia apenas em função de garantir o desenvolvimento autônomo do indivíduo e seus negócios. Nos termos de Locke e Rousseau, a associação dos homens em sociedade se dá apenas para a garantia da propriedade e da liberdade, e é este o interesse público, portanto. A salvaguarda dos interesses individuais, sem que o governo se imiscua nas relações entre os particulares é tida, assim, como a finalidade da própria sociedade.

De tal aceção decorre, como visto, a instituição da igualdade formal, típica do liberalismo oitocentista. Inserida na lógica do paradigma do sujeito, a igualdade formal parte do aforismo de que todos são iguais perante a lei e, portanto, perante o Estado – livre dos privilégios típicos da nobreza e da monarquia. Uma vez estabelecida tal igualdade no campo legal, ou seja, uma vez sintetizada, através de instrumentos representativos tidos como democráticos e fiéis expedidores da vontade geral, todos estariam livres para buscar o autodesenvolvimento, já que teriam garantida a igualdade de condições. A desgraça ou sucesso de cada indivíduo, segundo a lógica burguesa, dependeria tão-somente das suas aptidões e capacidades, e o papel do Estado, por conseguinte, seria mínimo, pois a interferência estatal para beneficiar alguém em específico romperia a igualdade formal, ultrapassando aquilo que era entendido como os limites à atuação estatal justa e equânime.

A igualdade formal, proclamada enquanto a garantia absoluta da liberdade, “era indispensável para manter o poder político [da burguesia], e só por generalização nominal, (...) se estendia às demais classes”.¹⁴² Assim, esse

¹⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90;

¹⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público...* Op. Cit. p. 94;

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p.44;

panorama, laureado pelo voto censitário,¹⁴³ propiciava a imposição da vontade da burguesia, homogeneizada através da lei e tida como a vontade geral. Com isso, o interesse público se restringia a “uma racionalidade tendente à proteção do indivíduo e dos seus interesses particulares, protegendo-os contra as ingerências estatais e assegurando assim valores como a liberdade individual e a propriedade(...)”.¹⁴⁴ Conclui-se, conseqüentemente, conforme a afirmação de Daniel Wunder Hachem, que “no período pós-revolucionário vigia (...) uma *perspectiva individualista de interesse público*”,¹⁴⁵ voltada, assim, para a não-intervenção nos interesses particulares de cada um.

Como se sabe, o modelo liberal puro “não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso irremediavelmente entrou em crise”.¹⁴⁶ A igualdade formal não era capaz de dar conta das desigualdades materiais¹⁴⁷ existentes na sociedade. De fato, a pretensa igualdade entre os sujeitos tinha como resultado a inflamação dos antagonismos de classe,¹⁴⁸ demarcada pela relação capital x trabalho,¹⁴⁹ que extenuava a relação entre os que não detinham os meios de produção e apenas a própria mão de obra (o proletariado) e os detentores dos meios de produção (a burguesia) – estando os últimos no domínio da produção legislativa e no controle absoluto e incólume do poder político.¹⁵⁰ O Estado burguês liberal, assim, “não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens”,¹⁵¹ sobretudo, diga-se, porque sobrevivia a partir dessas mesmas contradições: eram condição *sine qua non* de sua existência.

Com o recrudescimento das teorizações socialistas pela Europa e as lutas operárias contra o domínio político burguês durante todo o século XIX, diversos institutos que garantiam o domínio da classe detentora na definição do interesse público acabaram por esmorecer, a exemplo do voto censitário. A reivindicação do então chamado “quarto-estado” por reais condições de igualdade e representação,

¹⁴³ GIANNINI, Massimo Severo. *Premissas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 54-55

¹⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público...* Op. Cit. p. 97;

¹⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público...* Op. Cit. p. 95;

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p. 188;

¹⁴⁷ Não que tenha sido alguma vez esta a sua pretensão. Cf. ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, pp. 42 e ss.;

¹⁴⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 86;

¹⁴⁹ Cf. ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. *O Capital – crítica da economia política*. Volume 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, pp. 113 e ss.

¹⁵⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos...* Op. Cit., p. 25;

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p. 188;

embora não significasse a superação revolucionária que romperia com o modelo econômico instituído, deflagraria a falência do Estado liberal e não-interventor. Conforme ensina Bonavides, “ao arrebatado o sufrágio universal,¹⁵² o quarto estado ingressava, de fato, na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência que deixava de ser apenas doutrina para se converter, então, em uma decadência efetiva (...)”.¹⁵³

Somam-se a isso diversos movimentos no campo econômico que ocorreram durante o século retrasado, como a oferta de bens muito maior do que a procura, decorrente do baixo poder aquisitivo da maioria da população. Disso proveio o abuso de poder no mercado, através da associação dos comerciantes em monopólios ou oligopólios e a tendência ao desaparecimento da real liberdade de mercado aclamada pelo liberalismo clássico. A “mão invisível” do mercado – que seja, a auto-regulação dos fatores de produção e troca de capital, sustentada pelos liberais clássicos, como Adam Smith – não se mostra capaz de promover a homeostase do sistema, mas, ao invés, seu próprio definhamento. Assim, “paradoxalmente, o proclamado regime de liberdade levava ao germe de sua própria destruição”.¹⁵⁴ No último quartel do referido século, surge uma desvalorização do capitalismo industrial, suplantado pelo capitalismo financeiro. Passa-se também a haver um controle do Estado sobre o mercado¹⁵⁵ – algo completamente impensável cem anos antes – na tentativa de combater os monopólios, o truste e a concorrência desleal. Na tentativa de salvaguardar o capitalismo e a ordem econômica, assim, o Estado deixa de ser visto como o citado “fantasma que atemoriza o indivíduo”, que só poderia desregular e limitar a liberdade do sujeito, e passa, assim, a tomar uma postura interventiva em relação ao mercado, que até então era tido como esfera autônoma e intocada.

Nasce, assim, das mazelas do Estado Liberal, o Estado Social,¹⁵⁶ com vistas ao controle da ordem econômica logo num primeiro momento, e, também, à diminuição das desigualdades sociais. Observe-se que o Estado Social não se coloca como um contraponto à ordem econômica vigente (o capitalismo), mas sim como uma garantia ao mesmo, ainda que abdicando de alguns privilégios da

¹⁵² Ainda apenas masculino, contudo.

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p. 189;

¹⁵⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit. p.159;

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p. 189;

¹⁵⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit. p. 159;

burguesia, a fim de manter o sistema.¹⁵⁷ A Primeira Guerra Mundial, que acaba exigindo dos atores políticos envolvidos um papel interventor muito mais frágil, é paradigmática para a intensificação dessa mudança do papel do Estado, que passa a atuar diretamente também como agente econômico. “A falta de capital, a quebra de mercados, o nacionalismo e o protecionismo praticados à revelia dos ensinamentos liberais propiciam o surgimento do segundo estágio do Estado social: o que veio a ser chamado de ‘Estado providência’”, o qual passa a não apenas intervir diretamente na economia, regulando-a, mas também visando a ajustar as disparidades sociais (resultado da representação pluriclassista), e, assim, marcado pela “redistribuição assistencialista de riqueza, a fixação de preços e o controle administrativo da vida privada e do próprio mercado”.¹⁵⁸

O Direito não passa inflexível a tais mudanças estruturais. O Estado Social é institucionalizado em diversas constituições, a exemplo da Constituição do México (1917), a de Weimar (1919) e mesmo a brasileira (1934), que positivam em seu texto direitos sociais, decorrentes da tentativa de disciplinar o capitalismo e atender os anseios das classes desafortunadas, que encontravam pela primeira vez alguma, ainda que parca, capacidade para escolher seus representantes – os quais, ainda que por populismo, acolheriam as demandas sociais. No entanto, tais modificações no cenário jurídico-constitucional, que se refletem também no regramento da Administração Pública, acabam por influenciar diretamente o conteúdo daquilo que se tem enquanto interesse público.

Se antes o interesse público era considerado de forma individualista, que afastasse qualquer ingerência do Estado em relação à liberdade dos sujeitos, passa-se então a conceber o interesse público a partir de uma miríade de sentidos.¹⁵⁹ Isso decorre diretamente do trânsito de um Estado monoclássista para um Estado pluriclássista,¹⁶⁰ que acabará por abarcar, dentro do ordenamento jurídico, interesses, inclusive, desarmônicos, a exemplo dos anseios de proprietários de indústrias e as necessidades dos operários.¹⁶¹ Nesse diapasão, a diversificação dos grupos sociais com poder de influenciar a tomada de decisões faz com que a

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social...* Op. Cit. p. 189;

¹⁵⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit. p. 159;

¹⁵⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit. p. 100;

¹⁶⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Premissas sociológicas e históricas del Derecho administrativo...* Op.Cit., p. 65

¹⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit. p. 101;

apreensão do verdadeiro conteúdo do interesse público seja mais dificultosa, vez que a lei agasalhará os mais diversos interesses. Entende-se, por derradeiro, que

Dificulta-se a identificação da essência do interesse público, diante da pluralidade de pretensões contraditórias que passa a ser protegida pelo ordenamento jurídico. E isso tudo se deve ao fato de que o crescimento da atividade administrativa fez com que o Estado assumisse uma série de funções, tendo de proteger uma multiplicidade de interesses antagônicos. (...)

O aumento da postura mais interventiva do Estado provoca uma aproximação entre a Administração Pública e as relações travadas entre os particulares, o que possibilita a sua intermediação em busca da promoção da igualdade material e da justiça social. Essa proximidade enseja a necessidade de a máquina estatal harmonizar os variados interesses particulares, reduzindo-se então a distância que no modelo liberal se reconhecia entre os interesses privados e o interesse geral.

(...) Isso porque, se no paradigma anterior o Estado deveria agir tão somente para assegurar a ordem pública, evitando as violações às liberdades – hipóteses essas que configuravam o interesse geral – no Estado Social a Administração passa a se imiscuir nas relações entre os sujeitos privados, assumindo a função de proteger interesses particulares mais frágeis. Tais interesses, então, passam a se tornar públicos, justamente porque a sua tutela transforma-se em uma tarefa da atividade administrativa. O que ocorre, na realidade, é uma metamorfose do significado do interesse público, que é ampliado ao englobar uma gama de interesses que anteriormente eram reputados como privados, e relegados à mão invisível do mercado.

Passa a competir à Administração o dever de realizar a arbitragem entre os interesses privados, qualificando como públicos aqueles que carecem de tutela pelo Estado. ¹⁶²

Desse modo, averigua-se que a tensão entre o interesse público e os privados muda de pólo: no paradigma do *welfare state*, o interesse coletivo não vai se afastar de intervenções nos privados, evitando, assim, imiscuir-se, mas, pelo contrário, agirá de forma positiva, prestativa, para inclusive promover os interesses privados. Interesse público e privado têm amenizadas as suas disparidades, ao mesmo tempo em que a própria noção de interesse público torna-se mais líquida, incerta, e pode vir a adquirir vários significados, a depender da situação.

Evidentemente, o século XX ainda passaria por diversos movimentos conjunturais que modificariam em muito o papel do Estado, e, por conseguinte, do Direito e a noção de interesse público, ainda que não se abandonasse totalmente a tônica social. Nesse sentido, o episódio da Segunda Guerra Mundial e a ascensão dos regimes nazi-fascistas na Europa abalaram o mundo pela grandiosidade de seus feitos. ¹⁶³ O número sem precedentes de mortes provocadas pela Grande Guerra, principalmente após a explosão das ogivas atômicas, davam à humanidade

¹⁶² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit. pp. 101-102;

¹⁶³ HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos – o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 42;

uma demonstração de uma face negativa do progresso tecnológico, que ignorava fronteiras e punha em cheque a própria existência da sociedade.¹⁶⁴

Igualmente, o nazismo, o fascismo, e em parte também as experiências stalinista e maoísta, sob o fulcro da união nacional, da fortificação do Estado, da economia e da qualidade de vida da população foram capazes de demonstrar que também o aparelho estatal – aceito desde a modernidade como emancipador, instrumento garantidor de direitos – é capaz de dar mote a acontecimentos, como, por exemplo, o holocausto, e, ainda assim, encontrar ampla satisfação e legitimação popular.¹⁶⁵ A exceção enquanto paradigma de governo (*rule of exception*),¹⁶⁶ que ignorava as garantias até então tidas como sólidas do Estado de Direito (*rule of Law*), passava a administrar a própria vida do indivíduo enquanto dado estatístico e política governamental, em uma prática que veio a ser nomeada de “biopolítica”, e mostrava que a idéia de Estado-nação não trazia nenhuma garantia ao indivíduo.¹⁶⁷ Os ecos das barbáries praticadas em Auschwitz e demais campos de concentração ofereciam uma perspectiva pessimista quanto ao futuro da humanidade,¹⁶⁸ que parecia estar cada vez mais longe de garantir as chamadas “promessas da modernidade”, em relação à emancipação do sujeito. Somam-se a isso o crescimento abrupto da população mundial, a proliferação das mazelas no chamado “Terceiro Mundo”, e o surgimento da preocupação com a questão ambiental, que trouxe ao ser humano a preocupação de, em poucos anos, ver inviável a vida no planeta.

Tal cenário pouco promissor também se refletiu diretamente no Direito, pois exigia a reelaboração do próprio papel do Estado perante a nova realidade sucumbente. Observa-se um movimento na tentativa de proteger o ser humano naquilo que fosse o seu âmago mais essencial: a sua dignidade. Uma vez que “a insuficiência maior do Estado Social de Direito residira em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social, a economia do gênero humano*”,¹⁶⁹ observa-se que esse Estado, então, veio a dar lugar ao então chamado Estado Democrático de Direito. Gilmar Ferreira Mendes, a

¹⁶⁴ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos...* Op. Cit., p. 31;

¹⁶⁵ HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos...* Op. Cit..., p. 113;

¹⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer II – Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, pp. 9 e ss.;

¹⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I – O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 9-20 e 123-194;

¹⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer III – O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 155-156;

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

propósito, cinge as etapas do Estado de Direito justamente em três: liberal, social e democrático.¹⁷⁰

Diferentemente da transição anterior, contudo, o Estado Democrático de Direito não se coloca enquanto contraponto ao Estado Social, mas sim um aditamento a este, sem o desconsiderar. A dimensão dos direitos sociais, a intervenção Estatal no domínio econômico e os benefícios políticos prestacionais, positivos, não deixam de dar a tônica também no Estado Democrático,¹⁷¹ mas a esses direitos também se somam, com ênfase, os direitos fundamentais.¹⁷²

É nesse contexto em que é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, consagrando-se enquanto inarredável legatária da concepção de Estado Democrático de Direito e que possui “na dignidade da pessoa humana o seu referente fundamental”¹⁷³. Logo em seu preâmbulo, a Constituição, que recebeu de início a alcunha de “cidadã”, é explicitamente promulgada “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O ordenamento jurídico que dele emana e com ele é conforme, assim, também só existe em função de edificar esse projeto democrático,¹⁷⁴ até porque, conforme aponta Eneida Desiree Salgado, mesmo o preâmbulo possui força normativa e aponta a finalidade do Estado brasileiro.¹⁷⁵ De igual forma essas considerações se aplicam para o art. 1º, que expressamente menciona a dignidade da pessoa humana enquanto pilar da República.¹⁷⁶

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que o Estado normatizado pela Constituição Cidadã “consiste fórmula conciliadora entre termos em constante tensão: o poder da maioria democrática e as regras formadoras da essência do

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso... Op. Cit.* p. 44;

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 354;

¹⁷² Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248 e ss.;

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso... Op. Cit.*, p. 179;

¹⁷⁴ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos... Op. Cit.*, p. 27;

¹⁷⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 219;

¹⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 1º* “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Estado de Direito”.¹⁷⁷ E, assim, remonta-se a questão atinente ao interesse público no Estado Democrático de Direito. Vê-se que a tensão preconizada entre o interesse público e os interesses privados ganha outra forma, portanto, perante a Constituição de 88. Os Estados Liberal e Social, conquanto as profundas diferenças que sustentavam, possuíam uma matriz comum no tocante ao interesse público: advinham das vontades majoritárias. Mesmo no Estado Social, “a maioria, que é intérprete da vontade coletiva em sentido transcendente, se apresenta como legitimamente autorizada a reprimir interesses particulares”,¹⁷⁸ com a diferença de que, nesta etapa, a maioria é bastante inconstante e protege diversos interesses, ao contrário do Estado Liberal, como se viu. As minorias, consideradas no âmago de sua dignidade e de sua condição humana, no entanto, em nenhum dos dois paradigmas retro mencionados é considerada, pois não conseguem verbalizar seus interesses através dos instrumentos oficiais. Basta observar, por exemplo, que o Código Comercial, hoje praticamente inteiro revogado, data de 1850. Igualmente, no período em que vigia o Estado Social, foram promulgadas leis que beneficiavam os trabalhadores, como a CLT (de 1943), mas crimes relacionados ao preconceito de raça só vieram a ser promulgados em 1989, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor em 1990, o Estatuto do Idoso em 2003, e até mesmo hoje não há lei alguma que regule direitos básicos (de primeira geração) aos homossexuais. Ainda assim, com esse singelo exemplo é possível aferir uma clara mudança de paradigma: após a Constituição Cidadã, a pauta legislativa democratiza-se, entrona a dignidade da pessoa humana enquanto significante primeiro e busca garantir, inclusive, os direitos das minorias. Consoante afirma Gabardo: “o interesse público afirma de forma idêntica o respeito às minorias, a partir de um sentimento de solidariedade e integração social”.¹⁷⁹

O mesmo trânsito acontece no tocante ao interesse público. Apesar de críticas renitentes de teóricos como Humberto Ávila, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Paulo Schier, dentre outros, afirmarem que o interesse público não passa de uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais,¹⁸⁰ que prescinde

¹⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 138;

¹⁷⁸ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau...* Op. Cit. p. 67;

¹⁷⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público de subsidiariedade...* Op. Cit., p. 318;

¹⁸⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. in: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218;

de conteúdo específico,¹⁸¹ e que o interesse público é avesso ao núcleo essencial dos direitos fundamentais,¹⁸² observa-se que este não é o desenho constitucional.

O que se detecta é que, no Estado Democrático brasileiro, “o interesse público, ao contrário do que se afirma, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege”.¹⁸³ Outrossim,

O modelo sob análise propugna uma preponderância do interesse público sobre o interesse privado, no sentido de que incumbe ao Estado interferir nas relações entre os particulares, seja mediante a elaboração de normas jurídicas, seja através de ações materiais, para assegurar que as condições de existência digna dos cidadãos – promovidas através da efetivação dos direitos fundamentais de todas as espécies, sobretudo os sociais – sejam proporcionadas. Portanto, é a dignidade da pessoa humana, compreendida sob um prisma solidário, que traduz o núcleo conceitual do interesse público (...).¹⁸⁴

O conceito de interesse público, sincrônico com um paradigma democrático de Estado, por conseguinte, “*si se interpreta adecuadamente, en el marco constitucional, produce un obvio robustecimiento del derecho fundamental*”.¹⁸⁵ Depreendem-se disso algumas conseqüências diretas, sendo a primeira delas que “*los derechos fundamentales forman parte de los intereses generales, constituyen u ‘núcleo duro’ que los poderes públicos (...) han de servir (...) como guía de su actuación para hacer que sean ‘reales y eficaces’*”.¹⁸⁶ Ademais, a noção de sujeição como contrapartida da prerrogativa ganha supedâneo dentro do panorama de primazia dos direitos fundamentais enquanto núcleo constitutivo do interesse público, pois, assim, a potestade da Administração é justificada, inclusive, para que ocorra a promoção oficiosa dessa categoria de direitos. Por derradeiro, “*en la confrontación entre privilegios de la Administración y derechos fundamentales de la persona prevalecen estos. De otro modo la Administración no estaría utilizando su*

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. in: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176;

¹⁸² SARMENTO, Daniel. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 135-137;

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo...* Op. Cit., p. 99;

¹⁸⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit. pp. 106-107;

¹⁸⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El Interés General como Categoría Central de las Administraciones Públicas*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público...* Op. Cit. p. 61;

¹⁸⁶ GIL, José Luis Meilán. *Interesses Generales e Interés Público desde la Perspectiva del Derecho Público Español*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público...* Op. Cit. p. 73;

potestad al servicio del interés general, definido primariamente por los derechos fundamentales”.¹⁸⁷

Portanto, é possível sumarizar a cognição essencial de que o interesse público, no cenário posterior à promulgação da Constituição de 1988 possui feição bastante diversa da sua primeira acepção liberal do século XIX. Conquanto ainda se possa afirmar com segurança que o *locus* do interesse público é o ordenamento jurídico positivo,¹⁸⁸ sua significação é bastante distinta, atualmente, da concepção clássica. Primeiramente, é forçoso enunciar que o interesse público não mais é assinalado pela não intervenção do Estado nos interesses privados. O interesse público, ainda que dotado de supremacia em relação aos privados, não é tido pelo ordenamento como avesso a eles. Pelo contrário, interesses público e privados atuam de forma dialógica, pois estes às vezes podem, de fato, ser limitados por aquele, mas isso apenas para que possa se dar operatividade a direitos fundamentais.¹⁸⁹ Igualmente, em outros momentos, o interesse público pode consistir no fomento, apoio e desenvolvimento de certas atividades que sejam do interesse de particulares, e também da coletividade.¹⁹⁰ Assim, no que diz respeito à relação entre as duas ordens de interesse, há que se constatar que muita da tensão que antes fora proposta já não mais se constata, e que de modo algum a satisfação do interesse público seria ensejo para arbitrariedades. Pelo contrário, pode-se também apanhar que o interesse público, no que escoa do Texto Magno, não pode ser lido senão sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Ou seja, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, “ainda que o interesse público prevaleça sobre o interesse particular, isso nunca poderá se dar em prejuízo dos direitos individuais previstos na Constituição”, o que é patente, afinal, “o respeito aos direitos dos indivíduos passa a ser um dos fins do Estado, torna-se de interesse público”.¹⁹¹

Desse modo, o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao “interesse geral” contido no conceito de “serviço público” (que compôs o quadro jurídico das primeiras idéias coletivistas a respeito da intervenção típica do Estado social).

A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada

¹⁸⁷ GIL, José Luis Meilán. *Interesses Generales e Interés Público desde la Perspectiva del Derecho Público Español...* Op. Cit., p. 73;

¹⁸⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 285;

¹⁸⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 103;

¹⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 102;

¹⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 47-48;

no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sociointerventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).¹⁹²

Assim, não há como prosperar qualquer lucubração que infirme a existência de interesse público contra ou em detrimento de direitos fundamentais.¹⁹³ Como cediço, esse interesse é informado pelo ordenamento, mormente pela Constituição Cidadã, e, nesse esteio, é de interesse público a promoção de direitos fundamentais, jamais sua supressão.¹⁹⁴

É, portanto, no Estado Democrático de Direito que germina a noção contemporânea de interesse público – noção essa, que, em conclusão, não apenas limita e policia, mas age também positivamente e prestativamente no âmbito privado, e que tem como horizonte, como prumo, o respeito às minorias, a promoção de direitos fundamentais e a consolidação de uma sociedade mais democrática.¹⁹⁵

Diante dessa perspectiva, fica desobstruído o caminho a se traçar para a cognição do que vem a ser de fato o conceito em estudo. Uma vez definida a abrangência jurídica – tanto do que pode quanto do que não pode ser interesse público – é possível, com ampla margem de segurança, analisar-lhe o conteúdo e compostura jurídicos, sem o resvalo de eventualmente estar-se tratando do objeto de maneira anacrônica e sem correspondência ao regime jurídico-administrativo vigente. Entendido o interesse público em sintonia do Estado Democrático de Direito, alinhado com o desenho constitucional, a sua derradeira cognição é, então, oportunizada.

1.3. NATUREZA E ESTRUTURA JURÍDICA DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

O Poder Judiciário, ao confrontar-se com a apreciação do interesse público, como se verá, se depara com a questão essencial de que está a lidar com um conceito, ou, mais precisamente, um conceito jurídico que será eventualmente

¹⁹² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 285;

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional*. in: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.97 e JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo do espetáculo...* Op. Cit., pp. 115-116;

¹⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 335;

¹⁹⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 19;

subsumido, aplicado, no caso concreto. O entendimento dos atributos desse conceito é, assim, essencial para delimitar as características e os limites da própria existência do interesse público no mundo jurídico.

Nesta toada, Eros Roberto Grau, ao discorrer acerca da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, anota que o Direito se produz e reproduz através de comunicação e linguagem, e especificamente a linguagem jurídica, em um panorama geral, é marcada pela ambigüidade e imprecisão.¹⁹⁶ No entanto, não é essa imprecisão e ambigüidade, típicas da linguagem em geral, que impede que as palavras e expressões jurídicas que serão interpretadas ou aplicadas possuam alguma significação determinável. Ainda que imprecisas, as palavras podem vir a ganhar conteúdo, se determinarem – sendo, assim, conceitos.¹⁹⁷ O conceito vem a ser, então, a significação precisa e determinada de dada palavra ou expressão jurídica. Na acepção de Grau, é impossível e contraditório, assim, haver um chamado conceito indeterminado. Todo conceito é determinado, ou não é conceito, pois “o mínimo que se exige de uma *suma de idéias*, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”.¹⁹⁸ Afasta, assim, a noção de conceitos jurídicos indeterminados, os quais seriam, dentro de sua construção teórica, um paradoxo, pois as palavras podem até ser indeterminadas, mas o sumo abstrato de idéias, àquilo que se referem, o conceito, jamais.

Notadamente, contudo, a doutrina jurídica nacional e estrangeira – nomeadamente os administrativistas – têm razoável consenso em admitir a figura dos conceitos jurídicos indeterminados,¹⁹⁹ contrariamente ao infirmado por Eros Grau.²⁰⁰ Acerca da construção teórica do ex-ministro do Supremo Tribunal, Celso Antônio Bandeira de Mello averbou o seguinte:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no *próprio conceito e não na palavra que os rotula*. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 224;

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito... Op. Cit.* p. 227;

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196;

¹⁹⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. *Os “conceitos legais indeterminados” no Direito Administrativo alemão*. in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, ISSN 0034-8007, v. 166, 1986, p. 276.

²⁰⁰ Cite-se: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Emerson Gabardo, Marçal Justen Filho, Daniel Wunder Hachem, Romeu Felipe Bacellar Filho, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Eduardo García de Enterría, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Heitor Escola, dentre outros.

recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

Se a palavra fosse imprecisa – não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que *se quis comunicar*. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às *mesmas noções* que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um *outro conceito* – já agora preciso, portanto um *novo* conceito –, o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhe servem de signo.²⁰¹

A divergência é acentuada, pois Grau também expressamente rebate as críticas apontadas por Bandeira de Mello. Para o ex-ministro, equivoca-se Celso Antônio (e os demais administrativistas, brasileiros e estrangeiros), ao não compartilhar do mesmo conceito de conceito que ele defende. No entanto, mesmo nos apontamentos de Grau, a existência do que a doutrina juspublicista num geral chama de “conceitos jurídicos indeterminados” não é irrelevante, apenas merece uma denominação mais apropriada, capaz de circunscrever as idiossincrasias relativas à categoria jurídica que insta analisar.²⁰² Assim, expressões como “interesse público”, “relevância”, “gravidade” seriam “expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países, (...) orientações filosóficas e concepções de mundo”,²⁰³ não se perfazendo enquanto conceito jurídico indeterminado, mas sim como conceito jurídico tipológico – o que ele nomeia de “noção”. Assim, para Grau, “lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado*, há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*”.²⁰⁴ Donde o “conceito” por excelência é atemporal, perene, a par que a “noção” é uma idéia historicamente alocada, de acordo com valores e condições sociais de quando é aplicada – passível, assim, de interpretação.²⁰⁵ Por conseguinte, no caso, o interesse público seria, v.g., uma noção, uma vez que não possui um conteúdo determinado e, ao contrário, apresenta-se como uma idéia sincrônica com a realidade de seu tempo, com conteúdo mutável de situação em situação. Tal assunção, aliás, é coerente com o apresentado até o momento, uma vez que restou

²⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 20-21;

²⁰² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito...* Op. Cit. p. 242;

²⁰³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., p. 199;

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., p. 202;

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., pp. 201-202;

assentada a fluidez que recebe a expressão “interesse público”, alterada de acordo com as etapas do Estado de Direito, seja para abster-se da vida dos cidadãos, seja para nela intervir; seja para representar as maiorias apenas, seja para resguardar as minorias.

Não parece operar, assim, nenhuma incongruência no argumento de Eros Grau com o que foi apresentado até agora. De fato, o que se procurou demonstrar até o presente momento vai ao encontro da idéia de “noção” defendida pelo constitucionalista, ao alocar-se o interesse público como: *i)* idéia mutável e intimamente ligada com os valores sociais de cada época e consagrados em cada ordenamento jurídico e *ii)* passível de ser interpretado de acordo com esses valores e ordenamentos jurídicos. Ficam, desta forma, explicitadas, desde logo, duas características do conceito (ou noção) de interesse público.

No entanto, as mesmas conclusões são igualmente prospectadas pela classificação majoritária, a qual entende a natureza jurídica do interesse público ser conceito jurídico indeterminado. De fato, como se vê, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que: “muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha que ser havida como incorreta”,²⁰⁶ o que também corrobora a essência mutável do interesse público. Assim, *data venia*, o que se depreende é que, no tocante a presente investigação, ambas as classificações são satisfatórias e servem igualmente como instrumentos de análise da realidade jurídica. Evidentemente, não se está a afirmar que as demarcações que cingem as duas interpretações não possuam sulcos profundos e inafastáveis, sobretudo no campo do estudo da hermenêutica – os quais, no entanto, não influem diretamente na presente pesquisa.

Nesse diapasão, verifica-se a validade de referir-se à natureza de “interesse público” tanto sob a lente de Eros Grau – aludindo-se, assim, à natureza do interesse público enquanto “noção” – tanto quanto a entoada pela majorança dos administrativistas – afirmando, assim, que a natureza jurídica do interesse público é a de conceito jurídico indeterminado – pois ambas as expressões remetem à mesma idéia, e apenas divergem quanto ao que é atribuído a cada significante. Em suma, no paradigma de Grau é paradoxal falar em conceito jurídico indeterminado,

²⁰⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional... Op. Cit.*, p. 23;

enquanto aos demais a expressão é totalmente possível, e ambas se justificam. De fato, aliás, o próprio ex-ministro, ao dissertar precisamente acerca do interesse público, se vale genericamente da expressão “conceito jurídico indeterminado” (sempre ressaltando o equívoco logo após).²⁰⁷ Igualmente, observa-se que a contundente maioria das tratativas acerca da natureza do interesse público lançam mão dessa expressão. Deste modo, embora se reconhecendo a validade de ambas as teorias (cada qual dentro de seu paradigma), com a finalidade de melhor adequá-la aos referenciais teóricos, passa-se ao estudo da natureza jurídica do interesse público sob o prisma de encará-lo enquanto “conceito jurídico indeterminado”. Ressalve-se que os apontamentos a seguir também servem àquilo que Grau chama de “noção”.

Feitas essas considerações, a verticalização da investigação acerca do conceito é imperiosa, destacando-se a oportunidade do esclarecimento até agora observado também para revelar dois aspectos importantes atinentes aos conceitos jurídicos indeterminados. Reitere-se: sua idéia mutável e intimamente ligada com os valores sociais de cada época e consagrados em cada ordenamento jurídico e o fato de poder ser interpretado de acordo com esses valores e ordenamentos jurídicos. A análise do conceito de interesse público, portanto, é extremamente delicada, pois se pode afirmar, inclusive, que este é “por natureza, o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados”.²⁰⁸ Nesse sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández descrevem minuciosamente a situação:

Por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca. Por exemplo: a maioria se produz aos dezoito anos; o prazo para interpor o recurso de alçada é de quinze dias; a aposentadoria se declarará ao completar o funcionário setenta anos. O número de dias assim precisados, estão perfeitamente determinados e a aplicação de tais conceitos nos casos concretos se limita à pura constatação, sem que se suscite (uma vez determinado pela lei o modo do cômputo e efetuada a prova correspondente) dúvida alguma a respeito do âmbito material a que tais conceitos se referem. Pelo contrário, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta. Assim, procederá também a aposentadoria quando o funcionário padeça incapacidade permanente para o exercício de suas funções; boa-fé; falta de probidade. A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a

²⁰⁷ v.g. “‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, uma *noção*) Logo, *interesse público* deve, em cada caso, ser *interpretado* (...)”. in: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., p. 216;

²⁰⁸ BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar...* Op. Cit., p. 115;

indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das qualificações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso.²⁰⁹

Ao se falar de interesse público, a questão ganha contornos mais imbricados. Como visto, o ordenamento jurídico, em um Estado Social e Democrático de Direito, alberga uma quantidade plúrima de interesses que são agasalhados dentro da expressão “interesse público” – os quais podem até mesmo serem contraditórios.²¹⁰ Não significa dizer que não se possa delimitar, dentre todas as opções possíveis, que há uma que atenda as demais (o que será objeto de estudo doravante), mas simplesmente entender que a questão do interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado não se cinge apenas a uma valoração de existência ou não existência quando da interpretação no caso concreto.

Enterría, na análise dos conceitos jurídicos indeterminados, assim, dialoga diretamente com a lição de Fernando Sainz Moreno, a qual busca supedâneo na análise dos conceitos jurídicos indeterminados de Karl Engish.²¹¹ Carlos Vinícius Alves Ribeiro explica que para o Sainz Moreno o conceito jurídico indeterminado possui um núcleo – que constitui seu significado primário, sua essência, sua zona determinável – e o halo – a zona de incerteza, que pode tanto ser relativa ao conceito, quanto não ser, a depender da interpretação do caso concreto. Assim, “a zona de certeza ou núcleo é o domínio das afirmações evidentes. O halo é a borda que ladeia o núcleo. Neste campo, não há certeza prévia, sendo necessário densificar o conceito”, donde “os conceitos que alcançam o consenso com facilidade estão na zona de certeza ou no núcleo. Os que não se encontram nesse quadro necessitam

²⁰⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1990, p. 393;

²¹⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El Interés General como Categoría Central de las Administraciones Públicas... Op. Cit.*, p. 38;

²¹¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/52133693/Introducao-ao-Pensamento-Juridico-Karl-Engish>, acesso em: 24/11/2011, 20:45, pp. 153 e ss.;

de interpretação (...).²¹² Nesse sentido, então, pode-se observar que o conceito indeterminado, como de interesse público, composto pelos núcleo e halo, oferece três “zonas” em relação à sua significação: a primeira seria a zona de certeza positiva, na qual não há dúvidas de que algo é de interesse público; a segunda uma zona de certeza negativa, que é a negação das duas outras, consagrando-se como situações em que certamente não se está a falar de qualquer coisa que minimamente se refira ao conceito; e, finalmente, uma zona de incerteza, onde é impreciso afirmar aprioristicamente a existência ou inexistência de interesse público, pois se faz necessário um exercício interpretativo.²¹³ Thiago Lima Breus chamará esta última de “zona de incerteza ou penumbra”.²¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello a denominará, outrossim, de “zona circundante”.²¹⁵

Pontuar a natureza do interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado, sobretudo no tocante à zona de incerteza a ele correlata, demarca definitivamente a dificuldade que o aplicador/intérprete possui ao se deparar com o uso do mesmo. Evidentemente, como é destacado pela doutrina,²¹⁶ “não se pode tomar a indeterminação de um conceito como algo problemático ou negativo, pois tal característica possibilita a sua melhor adequação e aplicação ao caso concreto”.²¹⁷ Entender a natureza do conceito é capaz de proporcionar, assim, a compreensão correta do mesmo, o que é inexorável tanto ao administrador quanto ao julgador, quando se deparar com o controle do mesmo interesse, realizar a aplicação adequada ao ordenamento.

O contexto da subsunção do interesse público ao caso concreto demonstra, assim, que a aplicação deste conceito não se trata apenas de um juízo taxativo de mera legalidade. De fato, é observável que o conceito de interesse público por vezes será determinado expressa e taxativamente pela lei, como ocorre na já referida Lei nº. 8745/93, a qual autoriza contratações extraordinárias por motivo de excepcional interesse público, plasmando logo em seguida quais seriam as necessidades

²¹² RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Interesse Público: um conceito jurídico determinável*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 109;

²¹³ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 197 *apud* RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Interesse Público: um conceito jurídico determinável...* Op. Cit., p. 109

²¹⁴ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional...* Op. Cit., p. 146;

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 429;

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*. in: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 116; e GABARDO, Emerson, *Interesse público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 228;

²¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 276;

temporais que viriam a se configurar o interesse público em definição *numerus clausus*. Na maioria das vezes, no entanto, o interesse público será mandamento genérico, aberto, mais afeito àquilo que se viu enquanto noção de conceito jurídico indeterminado, devendo ser interpretado consoante os diversos interesses protegidos pelo ordenamento. O ordenamento, ademais, carrega em si o plexo dos diversos interesses de índole coletiva, que através da lei passam a reger a sociedade civil. “Verifica-se, pois, que o interesse público é usado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo”,²¹⁸ vale dizer, o conceito de interesse público possui uma estrutura dúplice: ora se dará “*em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, ora “*em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir”.²¹⁹ Classificação semelhante também adota Carlos Ari Sundfeld, biparticionando o interesse público em sua ocorrência “em sentido forte” (previsto no ordenamento jurídico) e “em sentido fraco” (valores espalhados pelo ordenamento no geral).²²⁰

Em seu sentido amplo (ou fraco), o interesse público viria a ser a própria finalidade do Estado, e passa a ser reconhecido enquanto interesse público a partir do momento em que o Poder Legislativo faz que o mesmo seja recepcionado pela ordem normativa, e passe a valer enquanto comando geral para a sociedade, bem como para o Poder Público. Nesse sentido, pode-se dizer que, em parte, a construção oitocentista ainda é válida atualmente, pois o interesse público vem a encontrar substrato na vontade a ser representada.²²¹ Assim, a consagração de um referido interesse enquanto público se dá em algumas etapas:²²² cabendo primeiramente ao constituinte estabelecer os valores fundamentais partilhados e basilares de toda a sociedade, e igualmente, em momento posterior, também ao legislador ordinário, em acordo com o mandamento fundamental, estabelecer os demais interesses em harmonia com tal configuração valorativa. Daí que a noção de interesse público, sobretudo em seu sentido amplo, seja mutável e represente, a cada momento, a resultante dos vetores axiológicos presentes na sociedade²²³, e

²¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 160;

²¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 160;

²²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais*. in: Interesse Público, nº 28, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 31;

²²¹ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade...* Op. Cit., p. 107;

²²² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 166;

²²³ Respeitando-se o Direito das minorias em um Estado Democrático, como se viu.

competete ao legislador, enquanto representante e pretendo tradutor da dos anseios sociais, manifestará o interesse público em dado momento histórico, conforme explana Sáinz Moreno.²²⁴ Assim, os representantes eleitos, “afinal, são as pessoas investidas da prerrogativa de responsabilidade oficial pela construção da sociedade sob as bases constitucionais da dignidade e da felicidade” e a eles compete a identificação de qual é o interesse público²²⁵ dentro de uma lógica democrática, sempre sob o crivo de que “o Parlamento é o órgão fundamental de representação de todo o povo, em que as minorias podem se fazer ouvir e participar da elaboração da norma, em um procedimento que se marca pelo contraste, pela publicidade e pela livre deliberação”.²²⁶

Assim, o interesse público, notadamente o em sentido amplo, não é um *prius*, não é um dado, mas um construído, localizado dentro de uma conjuntura multifária que não irá sempre apontar para uma mesma direção, mas sim se delineará de acordo com os representantes eleitos em questão, a conjuntura econômica envolvida,²²⁷ grupos de pressão, movimentos sociais, condições geográficas, dentre tantas outras. Como exemplo, tome-se a questão do serviço funerário na região Metropolitana de Curitiba. Na capital paranaense, esse serviço é considerado de interesse e utilidade pública, de caráter essencial,²²⁸ podendo ser prestado por particulares mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de

²²⁴ “En un Estado democrático y libre sólo al legislador corresponde fijar lo que conviene al interés público. El legislador, si es representante de la voluntad del pueblo, expresa por medio de su actuación legislativa la concepción que en cada momento prevalece del interés público”. in: SÁINZ MORENO, Fernando. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 8, Madrid: Civitas, 1976, p. 75;

²²⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 230;

²²⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 230. No mesmo sentido, Wanderley Guilherme dos Santos expõe o caráter democrático do ambiente parlamentar, que deve ser marcado pelo embate, diálogo e síntese de idéias, afastando da formação da vontade geral a mera manifestação plebiscitária, não dialógica e que se furta ao contraditório. Para o cientista político: “o parlamento vem a ser precisamente o lugar em que são expostos argumentos contraditórios, em que se processa a persuasão de uns, a reconsideração de outros e a deliberação que, afinal, raramente corresponde imaculadamente a alguma das opiniões originárias. A opinião expressa em plebiscito escapa ao contraditório, estando contaminada por maior probabilidade de celebrar um erro entre todas as opiniões possíveis. O senso comum compartilha com os ideólogos a ilusão de que o número assegura a qualidade de ma opinião, mas não há conexão necessária entre uma coisa e outra”. in: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau... Op. Cit.*, p. 8;

²²⁷ Como assevera Angela Costaldello, “nesta tessitura entrecortada por multifários componentes e prismas de investigação, a noção de interesse público também está, segundo os signos capitalistas, atada a uma orientação econômica, sobretudo da eficiência do sistema econômico, traduzida na distribuição de renda e no bem-estar material”. COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade – a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 242;

²²⁸ CURITIBA. Lei municipal nº10.595/02. **Art. 1º** O serviço funerário no Município de Curitiba tem caráter público e essencial, podendo ser delegado à iniciativa privada através de concessão ou permissão mediante prévia licitação, e reger-se-á por esta lei, decretos, portarias, resoluções e demais atos normativos expedidos pelo Poder Executivo.

procedimento licitatório, e regido pela lei municipal nº 10.595/02. Em Piraquara, cidade vizinha da região metropolitana, ao revés, não há disciplina legal sobre o assunto, e a prestação de serviço funerário enquanto serviço público não é considerado interesse público²²⁹ e cabe à municipalidade apenas a sua fiscalização (poder de polícia).²³⁰ Não se pode dizer, *a priori*, que a prestação do serviço funerário no regime de serviço público seja ou não de interesse público: são necessárias averiguar as condições do caso concreto, os agentes políticos envolvidos etc. Em determinada época ou local, dado interesse pode ser público, e em dada outra não ser. Não se olvide, também *ad exemplum*, o *arrêt Agnès Blanco*, ocorrido em uma lógica em que a exploração de tabaco era uma finalidade legitimamente perseguida pelo Estado²³¹ (o que, hoje, parece inconcebível).

Outra conclusão extraível é que, por ser o interesse público em sentido amplo aqueles “interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento” é que não cabe à Administração Pública qualificar um determinado interesse enquanto público, e sequer está legitimada para tanto (senão, de modo secundarizado, no tocante ao poder regulamentar).²³² Este interesse, assim, condicionará o agir da Administração, dando-lhe a tônica e a finalidade, e estabelecendo, desta forma, uma condição negativa de validade dos atos administrativos. Acaso Administração persiga, através de seus atos, fins que não os fins albergados e previstos pelo ordenamento jurídico, vale dizer, não persiga o interesse público em sentido amplo, os mesmos padecerão invariavelmente do vício de desvio de finalidade e, por conseguinte, serão nulos.²³³

No entanto, a observação de que o ordenamento jurídico, de forma genérica, resguarda o interesse público não compreende a complexidade da estrutura do conceito, como é possível averiguar. Situações haverá em que, muito mais do que os valores albergados pelo ordenamento, um interesse público peculiar se demonstrará necessário para ensejar o agir do poder público – sendo, assim, um pressuposto de validade positivo, “um *plus*, um interesse público qualificado, que

²²⁹ Observe-se, para não restarem dúvidas, que em ambos os municípios o sepultamento e os serviços funerários são, inegavelmente, de interesse público, reconhecido pelos regimes jurídicos de ambos. No entanto, o interesse no desempenho dessa atividade em regime de serviço público se dá apenas em Curitiba.

²³⁰ PIRAQUARA, Lei Orgânica do Município. Art. 9º, XVI;

²³¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado*, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. in: MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 263;

²³² HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público... Op. Cit.*, pp. 168-169;

²³³ CRETELLA JÚNIOR, José, *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 49 e ss.;

ultrapassa o simples respeito ao Direito positivo”.²³⁴ Nessas hipóteses, a lei fará a imposição reduplicativamente da presença de um interesse público específico para, apenas se o mesmo se verificar, estar habilitada a Administração a tomar determinado tipo de ação no caso concreto – geralmente uma excepcionalização da regra geral. Diante dessa situação, pode-se inferir que o interesse público não será meramente conceito jurídico, mas, inclusive, conceito legal²³⁵ indeterminado. Nesse sentido, Hachem, com supedâneo em estudo de Sáinz Moreno,²³⁶ observa que essa necessidade de um interesse público específico para a atuação administrativa ocorre, em geral, em três hipóteses: (i) para instituir proibições, limitações a direitos ou coações, que sejam impostas naturalmente pelo Estado; (ii) como pressuposto para concessão de autorizações, que serão denegadas se ofensivas ao interesse geral; ou (iii) para justificar modificações ou extinções de atos ou relações jurídicas já estabelecidas. Do primeiro caso, podem-se averiguar as multas mediante atos auto-executáveis e os tombamentos; do segundo, as autorizações, por exemplo, para produção e distribuição de material bélico; do último, em exercício da auto-tutela e rescisão unilateral de contratos administrativos.²³⁷

Esta remissão ao interesse público muitas vezes se dá de maneira explícita na lei, “*por lo que no es infrecuente encontrar en las normas que confieren potestades tales como ‘en función de interés general’, ‘por razones de interés general’, ‘conforme a los intereses generales’, u otras semejantes que delimitan el ejercicio de aquellas potestades*”,²³⁸ ou também de maneira implícita, a qual recai para o momento de aplicação de determinada lei pelo administrador no caso concreto. Seja de maneira expressa, seja relegada à discricção do administrador, o interesse público em sentido estrito é aquele inexoravelmente necessário para uma atuação válida do ente administrativo e, mais, sua existência deverá ser demonstrada e comprovada pelo Poder Público.²³⁹

²³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., pp. 182-183;

²³⁵ SOUSA, António Francisco de. Os “conceitos legais indeterminados” no *Direito Administrativo alemão...* Op. Cit., p. 276;

²³⁶ SÁINZ MORENO, Fernando. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico.* in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, Madrid: Civitas, 1976, pp. 68-70;

²³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 183;

²³⁸ MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. *De la noción de interés general como faro y guía de la actuación de la Administración...* Op. Cit., p. 563;

²³⁹ Segundo Enterría: “*la Administración tiene la carga de alegar, probar y motivar en cada caso la concurrencia de esa específica causa del interés público legitimador, sin que sea suficiente invocar su posición general de gestor ordinario de ese interés*” in: ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado.* *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, Madrid: Civitas, 1996, p. 74.

Exemplos dessas categorias não faltam.²⁴⁰ Como aludido anteriormente, o próprio texto constitucional se refere dezena de vezes à expressão “interesse público” ou similares, sendo ele expressamente exigido para que se promova qualquer desapropriação,²⁴¹ qualquer requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público,²⁴² para que se opere a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado²⁴³ e para uma eventual restrição de publicidade de atos processuais.²⁴⁴ Ainda, também a lei ordinária restringe a prática de determinadas ações pelo Poder Público, tais como a encampação de serviço público “por motivo de interesse público”,²⁴⁵ rescisão unilateral do contrato administrativo por “razões de interesse público”,²⁴⁶ de revogação da licitação “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado”²⁴⁷ de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por motivos de “excepcional interesse social”,²⁴⁸ de convalidação dos atos administrativos, que é vedada se for suscetível a acarretar “lesão ao interesse público”,²⁴⁹ entre outros. Sem que haja tal interesse público específico, os supracitados atos não podem

No mesmo sentido, no Direito pátrio: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar... Op. Cit.*, p. 212;

²⁴⁰ Conforme HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público... Op. Cit.*, pp. 186-187;

²⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 5º**, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

²⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 5º**, XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

²⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 173** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei;

²⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 5º**, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

²⁴⁵ BRASIL. Lei Federal nº 8.987/95, **Art. 37**. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior;

²⁴⁶ BRASIL. Lei Federal nº 8.666/93, **Art. 78**. Constituem motivo para rescisão do contrato: XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

²⁴⁷ BRASIL. Lei Federal nº 8.666/93, **Art. 49** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado;

²⁴⁸ BRASIL. Lei Federal nº 9.868/99, **Art. 27**. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado;

²⁴⁹ BRASIL. Lei Federal nº 9.784/99 **Art. 55**. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

sequer ser praticados, o que confirma a lógica de que, nesses casos, transcende-se a mera necessidade de conformidade com a finalidade geral do ordenamento jurídico-positivo (interesse público em sentido amplo) – esta imprescindível para todo e qualquer ato da Administração. Assim, o interesse público em sentido estrito, diferentemente do em sentido amplo – que não deve ser contradito por qualquer ato administrativo – deve, em vez, nas situações em que é requerido, estar necessariamente presente. Assim, observa-se que ele se configura enquanto verdadeira cláusula positiva de validade.

Dessarte, o que se apreende afinal é que a expressão “interesse público” é, para o Direito, verdadeiro conceito jurídico – e, mais especificamente, conceito jurídico indeterminado. Enquanto tal, oferece três zonas relativas à certeza daquilo a que se refere, duas zonas de certeza, uma positiva e uma negativa, nas quais sempre se saberá de modo incontestado aquilo que o interesse público é ou não é, respectivamente, e, igualmente, uma zona de incerteza, de penumbra.²⁵⁰ Nesta contextura, o interesse público também se estruturará sob duas feições, nomeadamente “em sentido amplo” e “em sentido estrito”. A primeira se refere ao interesse público presente na essência de todo ordenamento jurídico, e, em sendo a finalidade da Administração Pública atuar em conformidade com tal ordenamento, tal interesse público deve sempre inescusavelmente ser observado durante a prática de qualquer ato administrativo, do contrário serão inválidos. Ou seja, sua observância é condição negativa de validade de todo e qualquer ato administrativo. Outrossim, o interesse público em sentido estrito também deve sempre indispensavelmente ser observado, é claro, mas não por todos os atos administrativos – será necessário apenas para uma determinada categoria de atos. No entanto, para estes, operará enquanto condição positiva de validade, pois sua não-configuração impede desde logo a prática da atividade.

Tal estrutura revela que o atendimento ao interesse público, ainda que apenas em sentido amplo, está sempre ligado às atividades da Administração. Assim, sempre que o Judiciário julga as contendas em que um ente administrativo é parte, está (ainda que de forma implícita, como se verá) a exercer jurisdição sobre o

²⁵⁰ Quanto à zona de incerteza, pontue-se desde logo que a mesma é objeto de disputa doutrinária, havendo quem defenda, como Eduardo García Enterría, que sua incerteza se opera apenas *in abstracto*, e deixa de existir quando da subsunção da mesma. Igualmente se alega que esta zona, em realidade, vai referenciar à discricionariedade do administrador, como Celso Antônio Bandeira de Mello. Tal celeuma será objeto de estudo específico no item 2.3;

interesse público, mesmo que apenas de forma negativa, ao não atestar que os atos da Administração em juízo cometeram alguma incongruência com as finalidades apontadas pelo ordenamento jurídico-positivo. No entanto, para o entendimento de como esse controle pode ser feito, a sua análise da natureza e estrutura jurídicas do conceito é insuficiente. Ainda que haja quem entenda “o interesse público é explicado a partir de sua estrutura, não do seu conteúdo”,²⁵¹ a análise judicial do conceito galgada apenas na estrutura apontada se constitui em um vácuo absoluto de significado. Diante deste entendimento, cabe analisar o que a estrutura apontada vem a sustentar e albergar, vale dizer, qual a significação posta pelo ordenamento jurídico ao presente objeto de estudo.

1.4. CONTEÚDO JURÍDICO DO CONCEITO

A questão atinente à propositura de um conteúdo jurídico ao conceito de interesse público é, sem dúvida, bastante delicada. Autores como Humberto Ávila vêm a advogar que a busca de um conceito de interesse público é despicienda, pois o mesmo é impossível de ser aferido objetivamente e sua conceituação é irrelevante para a tratativa do mesmo.²⁵² Entretanto, na toada de Emerson Gabardo, propugna-se que “não é tarefa inglória” a busca pela delimitação jurídico-política (e até mesmo ética) do conceito de interesse público, uma vez que a conceituação do mesmo é tão complexa quanto a de outros termos do cotidiano da Administração, tais como “eficiência”, “moralidade” etc, dos quais não se furta a delimitação.²⁵³ Ignorar este substrato do conceito, esquivando-se da tarefa de buscar-lhe uma circunscrição semântica, invariavelmente incorrerá em erro e em uma análise lacunosa do tema.²⁵⁴

Acerca disso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior asseverou que a noção de interesse público “é lugar-comum”, ou seja, embora seja dotada de significação, não pode ser precisada, mas faz parte do entendimento geral das pessoas, passando

²⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 155. Ressalve-se que esta não é necessariamente a opinião do autor, mas sim a de certa parcela da doutrina a quem ele se refere (Celso Antônio Bandeira de Mello e Renato Alessi);

²⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular...* Op. Cit., pp. 176 e 211;

²⁵³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit, p. 287;

²⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro.* in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.* Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.89;

por diversas áreas do conhecimento humano além do próprio Direito.²⁵⁵ De fato, não faltam explicações, mormente no campo da sociologia para tentar delimitar o que viria a ser interesse público, sempre ligadas às satisfações das necessidades sociais, normalmente ligadas a uma idéia de bem comum. Há quem assevere, por exemplo, que a noção de interesse público tange o locupletamento de necessidades alimentares, de lazer, vestuário, domicílio, labor, de forma homogeneizada na sociedade.²⁵⁶

O estadunidense Gerhard Colm, nessa matiz, separa didaticamente o conteúdo do interesse público em quatro perspectivas de análise: metassociológica, sociológica, econômica e jurídica. Na primeira (metassociológica), o interesse público se apartaria das complexidades sociais, ligado muito mais a um grande objetivo das sociedades monolíticas, como nas teocracias (buscar o Reino de Deus) e no comunismo (buscar a igualdade material entre os homens).²⁵⁷ Nesses casos, destaca o autor que é desnecessário buscar um conteúdo ao interesse público, pois ele é explícito e monovalente, e as divergências serão apenas sobre o modo de perseguição desse objetivo supremo. Em uma sociedade pluralística, ao revés, haverá controvérsia sobre a significância do interesse público, oriunda das mais diferentes convicções e sistemas de valor de cada cidadão.²⁵⁸ Nesta, o interesse público é aferido através de um grau sociológico propriamente dito, e se averigua através do debate, da composição plural e dialogada, do conflito de idéias e também da capacidade dos eleitores de fazer a realização de sua vontade ser de interesse daqueles que administram a máquina pública.²⁵⁹ Economicamente, o interesse público residiria em padrões objetivos e ligados à produção, tal como o pleno emprego, o crescimento do PIB, o superávit etc.²⁶⁰ Por fim, o mesmo também comporta uma noção jurídica, a qual, contudo, o autor prefere não conceituar, apenas pontuando que, no Direito, o interesse público possui papel legitimador (o que não oferece seu conteúdo, apenas sua função, portanto) e que não consegue jamais estar compassado com as demais acepções do termo.²⁶¹

²⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. in: Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, 1/10, São Paulo: Centro de Estudos, 1995, disponível em: "<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>", acesso em 20/11/2011 15:54;

²⁵⁶ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do interesse público...* Op. Cit., pp. 212-213;

²⁵⁷ COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública...* Op. Cit., p. 126;

²⁵⁸ COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública...* Op. Cit., p. 127;

²⁵⁹ COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública...* Op. Cit., pp. 128-129;

²⁶⁰ COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública...* Op. Cit., pp. 130-131;

²⁶¹ COLM, Gehard. *Interesse público: chave essencial da política pública...* Op. Cit., p. 130

De toda valia, em coaduno com o visto, o conceito de interesse público é, também, conceito jurídico, e, assim, também possui uma circunscrição semântica dentro do Direito. Aliás, enquanto conceito jurídico indeterminado, a busca do seu conteúdo é essencial para a delimitação das três zonas estudadas, pois a partir do mesmo é viabilizada a definição das zonas de certeza positiva e negativa, e, igualmente, traçam-se os parâmetros que alumiarão a zona de penumbra, de incerteza, que, afinal, se referencia nas certezas das outras duas.²⁶²

Uma análise mais pedestre poderia, ademais, vir a buscar o conteúdo do interesse público através de quem busca por excelência a sua realização – o Estado – sendo interesse público o que disser respeito àquele desse ente político preposto a satisfazer uma gama de necessidades sociais. Pontue-se desde logo que é pacífico na doutrina, contudo, que interesse público e interesse do Estado não se confundem. A distinção, feita notadamente por Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁶³ com supedâneo nas lições de Renato Alessi,²⁶⁴ é importante para que confusões que viessem a deturpar o verdadeiro significado desse conceito nuclear do direito administrativo não sejam feitas, sobretudo pelos agentes administrativos. Desse modo, é comum distinguir o interesse público (o verdadeiro e legítimo interesse público, do qual se está a tratar) sob a alcunha de “interesse público primário” e o interesse do Estado, ou da Administração Pública, enquanto “interesse secundário”. Há quem identifique o interesse estatal enquanto “interesse público secundário”,²⁶⁵ na perspectiva de que ambos seriam interesse público, com diferenças apenas quanto ao grau de preponderância. Essa noção, no entanto, é equivocada, pois tais interesses “*não são interesses públicos, mas individuais do Estado*”.²⁶⁶ Aliás, mesmo ao se falar em “interesses do Estado” está-se realizando enorme exercício de abstração ao considerar o ente público como existência autônoma e dotada de interesses. Afinal, como pontua Justen Filho acerca desses “interesses secundários”, “*ousa-se afirmar que nem ao menos são interesses, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito*”, vez que “o Estado não possui *interesses* qualitativamente similares aos *interesses* dos particulares, pois não foi instituído para buscar satisfações similares às que norteiam

²⁶² BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional...* Op. Cit., p. 126;

²⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 68;

²⁶⁴ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1978, pp. 229 e ss.;

²⁶⁵ Para um arrolamento extensivo, conferir HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 158;

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 65;

a vida dos particulares”.²⁶⁷ Assim, em uma rápida análise, o que parece prosperar é que, ao Estado, existem tão só “conveniências circunstanciais”, pois o mesmo sequer é dotado de interesse, pois sua função, sua finalidade, como se viu, é perseguir o interesse público (primário), que está em outra ordem de idéias. Assim, tais conveniências circunstanciais não poderão jamais guardar qualquer convergência de conteúdo com o interesse público²⁶⁸ – pertencem, portanto, à zona de certeza negativa –, salvo “quando coincidentes com os interesses primários”.²⁶⁹

No tocante ao interesse público (primário), também Bandeira de Mello possui conceito amplamente propagado na doutrina nacional, que sintetiza do que se está a tratar. Para o autor, o interesse público consiste na “*dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consiste no plexo de interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade*”.²⁷⁰ Ou seja, o interesse público, como visto anteriormente, não viria a constituir um dado apartado dos indivíduos – pelo contrário, é formado a partir dos cidadãos, mas não de forma ampla (não são todos os interesses dos particulares que compõem o interesse público, apenas os tidos enquanto membros da sociedade, isto é, em uma perspectiva pública). Assim, o interesse público que se está a tratar é titularizado inegavelmente não pelo Estado, mas sim pela Sociedade, e aquele só possui o dever de cumpri-lo. Essa constatação, no entanto, inobstante ser conveniente para delimitar alguns pontos da zona de certeza negativa do conceito, não dá maiores liames para a delimitação do que viria a ser, de fato, o conteúdo do mesmo. De fato, também Celso Antônio Bandeira de Mello, ao encarar a questão, alude genericamente que o interesse público é qualificado pelo sistema normativo.²⁷¹ Ou seja, “o seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo”,²⁷² o que leva a conclusões singelas (embora

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 118;

²⁶⁸ Bodenheimer esclarece bem a questão: “Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo que as autoridades públicas com o seu *fiat* declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo. Toda pessoa informada tem consciência o fato de que, nas condições do mundo atual, essa identificação não tem fundamento racional. Os funcionários do governo podem conceber mal o interesse da comunidade, cometer sérios e inquestionáveis erros na estruturação e na execução de políticas públicas e podem levar à ruína e ao desastre a nave do Estado. Podem ser também motivados por desejos egoístas no exercício de suas responsabilidades e interpretar suas funções públicas puramente em termos de progresso pessoal e engrandecimento do poder. in: BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do interesse público...* Op. Cit., pp. 210-211;

²⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 67;

²⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 65;

²⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 68;

²⁷² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 159;

de muita valia e clareza), como a de Lúcia Valle Figueiredo, de que interesse público é “aquilo que a lei assim quis”.²⁷³ De fato, o que se denota, portanto, é que a titularidade do interesse público é ineficaz (a não ser para trazer certezas negativas) na persecução do conteúdo intentada e que o mesmo de fato se localiza no sistema normativo, donde somente a sua análise mais profunda pode fornecer os parâmetros que façam a circunscrição semântica obstinada.

Neste diapasão, afastadas desde logo as noções que intentam identificar o interesse público como o somatório, o amálgama, ou o denominador comum entre o rol de todos os interesses particulares,²⁷⁴ os quais, conforme visto anteriormente, não prosperam sequer em uma perspectiva liberal de Estado, bem como também superada a noção abstencionista (negativa) do mesmo interesse, se descortina à análise, inicialmente, uma concepção mais tradicional quanto ao conteúdo de interesse público, a qual Marçal Justen Filho denomina de “concepção de natureza técnica”.²⁷⁵ Dentro da definição do conteúdo jurídico de interesse público, a partir deste paradigma, tem-se que alguns interesses privados não podem ser satisfeitos através da ação isolada dos próprios particulares, o que vem a exigir a intervenção do Estado (aliás, para esta visão, o próprio Estado existe apenas para superar dificuldades de maior dimensão que seriam impossíveis ou inviáveis aos particulares).²⁷⁶ Ou seja, o Estado existe apenas para a promoção de atividades que os particulares não conseguiriam desenvolver por si só, seja por sua onerosidade excessiva, seja por sua complexidade. Essa dimensão parte de um entendimento de que cabe aos próprios membros da sociedade civil, de modo apartado do aparato estatal, desenvolver seus afazeres, e apenas naquilo que não for possível a realização pelos particulares, há interesse que o Estado seja o mantenedor de tal atividade, e, assim, o interesse passa a ser público. Como explicita Justen Filho, para a consubstanciação do interesse público, dentro de tal horizonte, seriam necessários dois elementos: a existência de interesses generalizados na realização de dada atividade e a insuficiência dos esforços individuais para sua satisfação. Assim, “qualificam-se essas teorias como *técnicas*

²⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35;

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 120;

²⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 122;

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 122;

porque a consistência do interesse público reside na mera impossibilidade de sua satisfação através da atividade individual isolada”.²⁷⁷

É o que igualmente se entende, *mutatis mutandis*, pelo princípio da subsidiariedade,²⁷⁸ o qual se funda em uma lógica que antagoniza Estado e sociedade civil e que “veda al Estado hacer todo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria”.²⁷⁹ Este entendimento brota a partir de realidades concretas ligadas ao desenvolvimento social e do setor privado (i), tecnológicas (ii) e até mesmo políticas (iii) bastante específicas, como se pode observar. Primeiramente, observa-se que, v.g., até meado do século XX, a riqueza privada era, na maioria dos países, insuficiente para produzir a satisfação dos interesses coletivos da população. Era imprescindível a intervenção estatal e a utilização dos recursos públicos como instrumento para tanto.²⁸⁰ Ou seja, essa lógica se impunha pelas necessidades que existiam e pela incapacidade de os particulares de as atenderem (i). Ademais, somam-se a isso uma série de dificuldades de natureza técnica (ii) para a satisfação de determinado interesse. Nessas situações, os particulares, não apenas por falta de recursos financeiros, humanos etc., são restritos a prestar dada atividade, mas, sobretudo em decorrência de uma impossibilidade tecnológica para tal atendimento.²⁸¹ É o caso dos monopólios naturais, como o serviço de esgoto e saneamento, o qual só pode ser prestado aos cidadãos por um único ente. É, por conseguinte, obrigatoriamente um monopólio, e não pode ser prestado sob as regras do mercado, o que afasta sua prestação por particulares e relega ao ente público sua prestação. Por fim, (iii) motivos de cunho político-ideológico também informam este paradigma, dentro de uma lógica em que se ressalta “o antagonismo entre o Estado e a sociedade civil a

²⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 123;

²⁷⁸ Gabardo demonstra que a expressão possui, em verdade, duas feições, a saber: “a) a ‘subsidiariedade vertical’, que consiste numa regra de competência entre o Estado e as regiões ou entre o Estado uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa); e b) ‘subsidiariedade horizontal’, que retrata uma regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma priorização desta em detrimento do Estado). Os dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica”. in: GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 212;

²⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 126 apud GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 213;

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 123;

²⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 123;

partir da idéia que o Estado é a encarnação de toda a forma de dominação”.²⁸² Assim, as noções que encaram o ente público enquanto um instrumento de despotismo e supressão de direitos subjetivos buscarão minimizar a participação do mesmo na consecução dos interesses coletivos.

Conforme se anotou, até o último quartel do século passado,²⁸³ o princípio da subsidiariedade vigeu com certa materialidade. A Constituição brasileira de 1967, por exemplo, previa expressamente que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas. §1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”, ou seja, o que se depreende é que, de fato, o papel do Estado na perseguição de alguns interesses só se daria no caso de as empresas privadas não o poderem fazer. Ocorre que a evolução sócio-econômica verificada ao longo do século XX, sobretudo após a II Guerra Mundial, tornou problemática a manutenção de concepções dessa ordem para a própria iniciativa privada. Paulatinamente, a sociedade civil tornou-se titular de meios materiais e de conhecimento técnico suficientes para produzir a satisfação de várias necessidades que, até então, eram relegadas ao âmbito de interesse público. Os recursos econômicos privados passam ser suficientes para os investimentos em infra-estrutura necessários ao entendimento dos interesses coletivos, e a tecnologia que possui o setor privado não raro passa a ser mais eficiente e adequada do que a titularizada pelo Estado. Tome-se como exemplo o setor de telefonia fixa, que por longa data foi tido enquanto exemplo típico de monopólio natural e, com o avanço da tecnologia, pôde ser ofertado por diversas empresas, em regime de concorrência e de acordo com a lógica de mercado, e que logo o Direito veio a coroar tal conjuntura, dentro de uma lógica neoliberal, passando-a ao setor privado.²⁸⁴ Nesse mesmo contexto, o Estado, por sua vez,

²⁸² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 105;

²⁸³ No qual se pode infirmar que já se vivia o período do Estado Social, mas ainda não Democrático, sobretudo no interregno posterior ao Golpe Militar de 1964, conforme a classificação adotada no transcorrer do ponto 1.2. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso...* Op. Cit. p. 44;

²⁸⁴ KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique; PIVETTA, Saulo Lindorfer; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura *et alii*. *A quebra de monopólio estatal das telecomunicações no sistema jurídico brasileiro: uma análise materialista-dialética a partir das teorizações de Pashukanis*. in: Revista Jurídica Themis, nº20, ISSN nº 1983-2036, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2009, pp. 216-217;

passa a não ser capaz de bem atender ao aumento de demandas relativas à satisfação dos interesses coletivos.²⁸⁵

Pelas lógicas da natureza técnica e do princípio da subsidiariedade tais interesses coletivos passariam a, automaticamente, ser perseguidos pela dita sociedade civil, ou, mais precisamente, pela iniciativa privada – as grandes empresas detentoras de recursos melhores que os do Estado. Observa-se, no entanto, que esse movimento direto não acontece.²⁸⁶ Isso pois a razão vigente é, de fato, outra, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988,²⁸⁷ muito mais em consonância com o Estado Democrático de Direito, como visto, através da proteção das minorias, valorização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, do atendimento às demandas de um Legislativo pluriclasse etc.²⁸⁸ No ensejo do que enuncia Emerson Gabardo, “hoje em dia pensar uma sociedade civil avessa ao Estado ou a ele substituta é, isso sim, uma ficção de mau gosto”,²⁸⁹ afinal, o Estado não é uma entidade que está fora da sociedade, como se fosse um alienígena, mas reflexo da mesma.²⁹⁰ “Ademais”, entende o administrativista, “outro erro que deve ser evitado é o de confundir o precípua papel da sociedade civil como espaço político como de um mero setor prestador de serviços cujo desígnio é o de salvar o indivíduo e o mercado da ineficiência administrativa do Estado”,²⁹¹ e exemplifica:

Se os cidadãos quiserem atribuir constitucional ou legalmente uma função ao Estado, não porque são incapazes de realizá-la, nem mesmo porque seriam negligentes no seu atendimento, eles poderiam fazê-lo pelo simples fato de lhes ser conveniente e oportuno? Seria possível os cidadãos optarem democraticamente pela intervenção do Estado em

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 123;

²⁸⁶ Apesar de a lógica governamental (e não necessariamente a constitucional) do final do século buscar assumidamente a instituição do Neoliberalismo. Sobre o tema, conferir: GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., pp. 109 e ss. CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas*. in: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et alii. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, pp. 115 e ss.;

²⁸⁷ Nas palavras de Gabardo e Hachem: “Felizmente, nos tempos atuais, pauta-se por uma hermenêutica constitucional sistemática e principiológica do ordenamento, o que afasta qualquer possibilidade de vinculação à chamada *mens legislatoris*. Pouco interesse deve ser outorgado à vontade do legislador. A norma, após positivada no sistema, passa a ser considerada de acordo com o conjunto, devendo seu conteúdo amoldar-se ao ordenamento jurídico pelos demais dispositivos normativos e axiológicos, especialmente os constitucionais”. in: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade Civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 243;

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 119;

²⁸⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 105;

²⁹⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 107;

²⁹¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., pp. 105-106;

alguma área da vida social, mesmo que reconhecessem a não imprescindibilidade da atuação do Poder Público?

De acordo com o princípio da subsidiariedade a resposta a essas perguntas seria negativa, ou seja, esta possibilidade lhes é vedada. Nos termos do princípio democrático, a resposta seria afirmativa, ou seja, não haveria qualquer proibição constitucional para que tal escolha pública fosse realizada, seja no exercício da democracia direta, seja no da representativa. Aliás, esta é a essência da idéia de efetiva participação popular no contexto de um Estado social e democrático de Direito.²⁹²

Assim, partindo-se da constatação de que “o princípio democrático é o critério hermenêutico de toda a Constituição”,²⁹³ o interesse público é verificado em outra ordem de idéias, bastante distinta daquela que atribui residualidade e subsidiariedade ao papel do Estado.²⁹⁴ “Em suma, a solução *técnica* para satisfação dos interesses coletivos não é mais justificativa adequada para fundamentar o conceito de interesse público”.²⁹⁵ A ordem social constituída pela lei fundamental, no Brasil, de modo algum estatui o que dissera outrora o texto magno de 1967. Se é verdade que, na conjuntura jurídica atual, o interesse público “é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter socionterventor precisa conviver com um complexo de direitos subjetivos”²⁹⁶ e que o só há interesse público em estrita conformidade a Constituição, e jamais contra o seu talante,²⁹⁷ o critério para a perscrutada circunscrição semântica do conceito jurídico *sub examine* se encontra em outra lógica, com diferentes vilosidades, e não coaduna com a subsidiariedade²⁹⁸ e a natureza técnica. Vale exemplificar esta transcendência:

Considere-se uma situação prática, envolvendo o interesse em obter energia elétrica. Supõe-se inviável que as necessidades individuais de consumo de energia elétrica sejam satisfeitas através do esforço de cada ser humano, isoladamente. Em um primeiro momento histórico, poderia imaginar-se que apenas o Estado disporia de recursos para produzir a satisfação a esses interesses. Logo, estaria em jogo um interesse público. Mas, nos dias atuais, é inquestionável que inúmeras empresas privadas disporem de condições de assumir a satisfação desse interesse. Por isso, é necessário definir se a atividade de

²⁹² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 119-120;

²⁹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia...* Op. Cit., p. 232;

²⁹⁴ Como aponta Canotilho: “o princípio do Estado de direito é inseparável do princípio democrático. Mas não só deste. O Estado de Direito seria um princípio vazio de não articulasse com as exigências da socialidade (com o princípio socialista) e com o catálogo global (e não só dos direitos, liberdades e garantias) dos direitos fundamentais”. in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* Op. Cit., pp. 282-290;

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 123;

²⁹⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 285;

²⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A noção jurídica de “interesse público”*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 191;

²⁹⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 120;

fornecimento de energia elétrica corresponde à satisfação de interesse público ou interesse privado. Optar pelo interesse privado significa subordinar o fornecimento da energia elétrica às regras de mercado. Nesse caso, deverá admitir-se que a necessidade de algumas pessoas não será atendida. Aqueles que não dispuserem de recursos suficientes para adquirir os produtos e serviços estarão alijados do mercado. A energia elétrica passará a ser um produto no mercado, do mesmo jeito que outros bens de consumo. Há pessoas que dispõem de recursos para adquirir televisores, outras, não. Tal como alguns não têm televisores, outros não terão energia elétrica. Ora, a necessidade individual de obtenção de energia elétrica não se assemelha àquela pertinente a outros bens de consumo. A energia elétrica é indispensável à obtenção de certas utilidades indissociáveis da realização plena da personalidade humana. A penúria econômica não legitima o impedimento à satisfação do interesse individual relacionado à satisfação da dignidade da pessoa humana.²⁹⁹

Evidentemente, o ideário posto pelo texto constitucional não é o de abandonar à própria desgraça aqueles que não puderem se adequar à lógica privada e se tornarem consumidores de determinado bem que seja de interesse público (aliás, a Constituição expressamente institui que a exploração de energia elétrica é de foro privativo da União).³⁰⁰ Isso porque a lógica de mercado em uma sociedade capitalista possui um objetivo bastante claro, específico e inafastável: o lucro. Não coaduna com um projeto democrático, fundado de forma capitular na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana,³⁰¹ e com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos³⁰² o atrelamento do interesse público ao lucro. O objetivo de cunho mercadológico – o lucro – não se harmonizará jamais com uma priorização dos valores fundamentais de um Estado Democrático, sob pena de comprometer-se ontologicamente, ocasionar perda de produtividade etc. Donde se afere que o setor privado não pode buscar a realização do interesse público, senão de forma secundária, por sua própria natureza ontológica. O mesmo se aplica ao dito terceiro setor, o qual alegadamente não seria preposto a aferir benefícios de ordem econômica.³⁰³ De início, tem-se constatado que os pretextos alegados à institucionalização de tal setor não parecem ser os motivos de sua real instituição, ocorrendo não raro um desvio de seus objetivos apontados, o que parece bastante oportuno a agentes do aparelho estatal e os vinculados a essa “sociedade civil

²⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 124;

³⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 20, XII, b;

³⁰¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º;

³⁰² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º;

³⁰³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., pp. 142-146;

prestacional”.³⁰⁴ Igualmente, o terceiro setor parece ir ao encontro dos interesses do governo e da elite dominante, pois, em vez de ampliar o poder popular dos oprimidos e explorados, faz arrefecer o caráter revolucionário dos mesmos, pulverizando as lutas sociais e transformando-as em demandas pontuais de pequenos grupos.³⁰⁵ Assim, fosse o interesse público relegado, pela lógica da técnica, aos particulares com condições de efetivá-lo, implicaria o “enfraquecimento do Estado mediante o fortalecimento dos centros privados, onde a decisão decorre de fatores prioritariamente econômicos (o terceiro setor não foge a esta regra)”.³⁰⁶ Daí que, mesmo que os sujeitos privados tenham condições técnicas hábeis a uma eficiente satisfação do interesse público, depara-se sempre com um “problema de adequação”, que não consegue ser resolvido apenas pelo critério da eficiência.³⁰⁷ Afinal, “só os entes públicos possuem legitimação democrática qualificada e idônea para a realização de um projeto de transformação social e de mediação dos conflitos. Isto quer dizer que os requisitos intrínsecos ao princípio da subsidiariedade não combinam com aqueles inerentes ao princípio democrático”³⁰⁸ Portanto, “modernamente, o conceito de interesse público não se constrói a partir da impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da impossibilidade ética de deixar de atendê-los”. Gize-se: há uma natureza ética inegável atrelada ao interesse público,³⁰⁹ não técnica nem subsidiária, e esse interesse não pode deixar de ser atendido, pois se calca em valores fundantes do ordenamento.

Dessa averiguação lógica decorre que a esquadrinhada circunscrição semântica – o conteúdo – do conceito jurídico de interesse público possui essa natureza ética ligada aos valores estruturantes da ordem constitucional, prevalentemente no que atine à dignidade do ser humano. O interesse público se constitui, assim, como afirma Martha Franch i Saguer, a ética pública do Direito

³⁰⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 151;

³⁰⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., pp. 151-152. No mesmo sentido, conferir: RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. *A política de assistência social: uma análise à luz da democratização da gestão.* in: *Serviço Social em Revista*, Londrina, v.4, nº1, 2002.

³⁰⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 152;

³⁰⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 115;

³⁰⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 115;

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 124;

Administrativo,³¹⁰ e informa o agir da administração de acordo com os postulados do ordenamento jurídico. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha³¹¹ e Luís Roberto Barroso,³¹² o panorama oriundo de um Estado Democrático de Direito ressignificam a própria tarefa de administrar, que, muito mais do que meramente dar cumprimento à letra da lei, também é uma cotidiana efetivação da Constituição e da democracia. Administrar, vale dizer, efetivar o interesse público, portanto, consiste em concretizar direitos fundamentais.³¹³

Nesta toada, Justen Filho asseverou que o Direito Administrativo passaria por um processo de “personalização”, o qual inseriria a dignidade da pessoa humana no seu cerne,³¹⁴ e que é intimamente ligado ao interesse público, sendo substancialmente seu conteúdo principal.³¹⁵ No mesmo sentido, Thiago Lima Breus desenvolveu trabalho monográfico especificamente dedicado a tratar do enlace entre a dignidade da pessoa humana e o interesse público, posteriormente publicado em estudo mais amplo sobre políticas públicas. Postula o autor que “levando-se em conta a premissa de que a identificação do *interesse público* não se basta em elementos e critérios técnicos, mas também em juízos axiológicos, porquanto possui uma índole ética, deve-se tomar a dignidade da pessoa humana como o *locus*

³¹⁰ SAGUER, Marta Franch i. *El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo*. in: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005, p. 406.

³¹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Democracia, Constituição e Administração Pública*. in: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66;

³¹² BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 63;

³¹³ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade...* Op. Cit., p. 261;

³¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 130;

³¹⁵ Ressalve-se, no entanto, que o tal assertiva conjuga-se no pretérito perfeito, vez que é constatável clara mudança de posicionamento doutrinário do autor. Em obra mais recente, Marçal Justen Filho continua a defender que o Direito Administrativo é informado pelos valores constitucionais, passa por um processo de personalização e de valorização da dignidade da pessoa humana, no entanto, o conceito de interesse público, em seu novo entendimento, ao invés de afirmar, presta desserviço a esses valores. A saber; “O Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público.” e “O Direito Administrativo do espetáculo *consagra princípios destituídos de conteúdo material*. São adotados princípios que permitam a ampla criatividade do governante para desenvolver imagens de uma falta submissão a controles. Assim, os princípios do Direito Administrativo do Espetáculo se reportam a figuras imaginárias, tais como ‘ordem pública’, ‘ato político’ e ‘interesse público’”. in: JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo do Espetáculo*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 67 e 75. Apesar da mudança de postura do autor, no entanto, far-se-á uso das teorizações primeiras do mesmo em razão de as mesmas serem sustentadas por outros marcos teóricos e também porque a crítica do mesmo ao atrelar o interesse público ao autoritarismo reside em suas vagueza e impossibilidade de precisão que conferem poderes arbitrários ao administrador, o que é improcedente para o presente estudo, como será visto no ponto 2.3;

fundamental para a aferição do interesse público”.³¹⁶ Esse princípio constitucional é o que, para Breus, preenche o conteúdo de interesse público, dando-lhe a abertura necessária e a capacidade de interpretação conforme os ditames constitucionais, transcendendo a mera tecnicidade.³¹⁷ “A utilização pelo Direito Administrativo do *interesse público*, como conceito de índole ética que se relaciona à dignidade humana, não deve ser desprezada”, entende o autor, “pois pode propiciar, ainda, a salvaguarda de valores e direitos coletivos plasmados na Constituição que não podem ser submetidos a um regime de transigência. Eles devem ser obrigatoriamente realizados”.³¹⁸ Dessa forma, pontifica o autor a dignidade da pessoa humana enquanto âmbito do interesse público, o que tem por efeito o reforço da obrigatoriedade do cumprimento do mesmo – uma vez que este interesse se irradia de valor tão comezinho à ordem constitucional, sua efetivação é ainda mais indispensável.³¹⁹

Tal raciocínio vem a coadunar com o postulado por Angela Cassia Costaldello, que entende o interesse público constituir núcleo que emana a concreção de direitos fundamentais e que em um Estado Social e Democrático de Direito, mais do que um simples estabelecimento formal de tais direitos, o que preme é um efetivo atuar estatal voltado a realizações desses fins.³²⁰ Ademais da dignidade da pessoa humana, estabelece também a correlação com o direito à cidade como peça integrante do conteúdo do interesse público, e que serve, inclusive, de entremeio deste com os interesses privados.³²¹

Noutra abordagem, Emerson Gabardo aduz que “juridicamente, o Estado possui papel primordial nesta empreitada cujo dever é a felicidade e cujo fundamento é o interesse público (e não a subsidiariedade)”,³²² na perspectiva de que o interesse público aponta sempre para um retorno à Constituição de 1988, “como símbolo do projeto socializador de um povo que não desiste de ser justo, solidário e feliz”.³²³ Isso porque, em uma realidade desenvolvida de um país, “o

³¹⁶ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado constitucional... Op. Cit.*, p. 153;

³¹⁷ BREUS, Thiago Lima. *Interesse Público: Horizontes e perspectivas à luz da dignidade da pessoa humana*. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, pp. 78-79;

³¹⁸ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado constitucional... Op. Cit.*, p. 153;

³¹⁹ O que, aliás, vem a efetivar o que seria o alegado “contraponto” dos críticos à supremacia do interesse público, ou seja, aquilo que é apresentado como o sentido oposto à existência de um interesse público, é, na verdade, a sua realização. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo do Espetáculo... Op. Cit.*, p.78-80;

³²⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade... Op. Cit.*, p. 261;

³²¹ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade... Op. Cit.*, pp. 258-262;

³²² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 120;

³²³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 381;

interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo).³²⁴ Ou seja, a essência do interesse público consistiria na garantia da dignidade, e, igualmente, da felicidade de um povo, vale dizer, da satisfação das necessidades sociais em grau ótimo.

Ademais, traz-se à baila o entendimento de diversos autores, dentre eles Daniel Wunder Hachem, Eneida Desiree Salgado, Juarez Freitas e Romeu Felipe Bacellar Filho,³²⁵ que buscam a fundamentação jurídica do princípio da supremacia do interesse público no artigo 3º do texto constitucional.³²⁶ Dessa assunção pode-se prospectar que o interesse público, dotado de supremacia, consiste, nos ditames constitucionais, em: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³²⁷ Nesse sentido, além daquilo a que já se aludiu e que viria a constituir o substrato do conceito jurídico objeto de estudo, é possível, assim, observar que também o art. 3º pode ser alegado na tentativa de materializar o interesse público, pois, como institui a própria finalidade do Estado brasileiro,³²⁸ faz denotar o interesse público na perseguição de tais valores, que constituem, portanto, parcela do conteúdo jurídico do que se está a tratar.

Por fim, denota-se estudo em particular amiúde sobre o tema realizado por Romeu Felipe Bacellar Filho, o qual igualmente parte da premissa de o interesse público encontrar substrato e o fundamento de sua supremacia no art. 3º do Texto Magno,³²⁹ asseverando que o conteúdo jurídico por detrás da expressão “interesse público”, ostenta, a seu tempo, relevada carga de significação. Nesse sentido, o autor busca assimilar o conteúdo analisado aos princípios constitucionais da Administração Pública, nomeadamente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estampados no *caput* do art. 37. Assim, em primeiro lugar,

³²⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 360;

³²⁵ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 224;

³²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., pp. 19, 108, 119-125, 222-230, 340-341;

³²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º;

³²⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral...* Op. Cit, p. 51;

³²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 90;

observa que integra o interesse público o respeito às leis e ao Direito como um todo.³³⁰ Tal verificação vai além da identificação – já constatada – de que o interesse público cuja efetivação vem a ser encampada pela Administração Pública reside no direito positivo.³³¹ Muito mais do que isso, observa-se que é de interesse público que a Administração vincule-se à legalidade e à juridicidade,³³² em uma lógica circular (*feedback* positivo) que apenas reforça o dever de a Administração cumprir o interesse público. Assim, o interesse público está no ordenamento, e é de interesse público que este mesmo ordenamento seja estritamente seguido pelo Poder Público. Donde se conclui que a Administração pública, para bem servir o interesse público deve “respeitar a *legalidade* formal, obedecendo fielmente às imposições legislativas que refletem a vontade do povo, manifesta através de seus representantes” e, igualmente respeitar “a *juridicidade*, concretizando todos os mandamentos que o direito positivo como um todo faz espargir, notadamente os de fonte constitucional”.³³³

Igualmente reclama o interesse público a impessoalidade da Administração Pública, sendo esta a “*regra de ouro num Estado Democrático de Direito*”³³⁴ e encontra seus maiores expoentes na disciplina normativa do processo administrativo, isso porque concretiza a igualdade entre os cidadãos, o que é essencial em um Estado Democrático de Direito. O respeito à impessoalidade, à imparcialidade, do agir do ente público, é, destarte, instrumento concretizador do interesse público.³³⁵ Complementarmente, expõe Bacellar que é impossível se pensar em interesse público que não circunscreva a própria moralidade imputada à Administração como dever. Dentro dessa noção de moralidade, está o dever do poder público de agir com ética, honestidade e probidade, e, além desses,

³³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 95;

³³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 35;

³³² Embora próximas, as concepções podem ser distinguidas, a saber: “*legalidade* (em sentido estrito), como cumprimento da lei formal, e *juridicidade*, como atendimento aos mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo das normas constitucionais. (...) O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput*, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios constitucionais não expressos –, traduzindo-se como o dever de obediência do Poder Público à integralidade do sistema jurídico”. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 99;

³³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 99;

³³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 101;

³³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., pp. 102-103;

igualmente previsibilidade e segurança jurídica.³³⁶ Apenas através de um agir probo, previsível, que respeite a boa-fé, a segurança jurídica, enfim, a confiança jurídica do cidadão é que se pode afirmar que a Administração está atendendo de fato ao interesse público.³³⁷ O mesmo se passa com o princípio da publicidade, que, mais do que um dever da administração, é uma garantia do administrado. A publicidade, aliás, ressalta o quanto a atividade administrativa existe apenas em função da vontade do povo, e este, verdadeiro titular do poder, poderá sempre fiscalizá-la, residindo, aí, também uma demonstração da natureza ética ligada ao conceito de interesse público.³³⁸ Por fim, o mesmo se aplica ao princípio da eficiência administrativa,³³⁹ que também se identifica enquanto o conteúdo do interesse público na medida em que a atuação eficiente do aparato estatal é essencial para a instituição do mesmo, do que seria teratológico pensar o contrário.³⁴⁰

De todas as tratativas acima albergadas, pode-se observar que a doutrina nacional se presta ao trabalho de enunciar o que seria o conteúdo jurídico do interesse público, ao menos naquilo que atine às suas zonas de certeza, referenciando sempre no ordenamento jurídico as linhas que apontarão para a sua significação. A adstrição dessa circunscrição semântica aos grandes princípios norteadores da própria República Federativa do Brasil e da Administração Pública brasileira denota a essencialidade da natureza ética que possui tal conceito, o qual, de fato, se referencia no Direito, e não se subtrai a uma delimitação jurídica. Dessarte, é possível averiguar que o interesse público é um significante dotado de significado dentro do Direito, e não é um vazio que possibilite a imputação de qualquer razão que se faça conveniente a quem quer que seja, incluso aí o administrador.

Donde, a guisa de acabamento, se podem sistematizar algumas breves conclusões oriundas deste segmento do estudo, a enumerar:

³³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 104;

³³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 108;

³³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 109;

³³⁹ Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit.;

³⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro...* Op. Cit., p. 111;

- i) O conteúdo jurídico do conceito não é achado pelo critério de sua titularidade – está-se sempre a tratar do interesse público primário, que reside na lei;
- ii) As conveniências circunstanciais do Estado – também denominadas de interesse do Estado ou interesse secundário – quando não coincidentes com o dito interesse público primário, evidentemente estão na zona de certeza negativa do conceito;
- iii) Igualmente o conteúdo jurídico do interesse público não é definido por critério de exclusão, subsidiaridade, residualidade, de negatividade às possibilidades do setor privado. Independentemente da capacidade dos indivíduos perseguirem ou não dado interesse, ele será público se em consonância com a ética constitucional e com os princípios que regem um Estado Social e Democrático de Direito;
- iv) A natureza ética do interesse público se reflete em alguns princípios jurídicos específicos, como o da dignidade da pessoa humana. Será, assim, interesse público a consecução de direitos fundamentais que realizem esta dignidade, a exemplo do direito à cidade, à felicidade, dentre outros;
- v) Também o art. 3º da Constituição fornece a finalidade do Estado brasileiro, e, assim, aponta para objetivos que constituem o interesse público (e justificam a supremacia do mesmo);
- vi) Os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública também compõem o conteúdo do interesse público;

Por evidente, tais delineamentos não encerram a complexidade da questão, apenas apontam nortes que apontam para uma análise mais segura do interesse público, sem, contudo, reduzir-lhe a multiplicidade de suas imbricações, sobretudo naquilo que atine à sua zona de incerteza, que sempre se pronunciará nas complexidades do caso concreto. Assim, ficam afastadas as indicações de que o interesse público seria conceito desatrelado de qualquer juridicidade, mas mantêm-se as celeumas envolvidas em sua aplicação. Isso porque, como reporta Sáinz Moreno, o “interesse público como conceito legal apresenta um problema de

interpretação jurídica, não de livre decisão”,³⁴¹ vale dizer, não obstante não haja livre decisão acerca do interesse público, sua interpretação jurídica ainda é dotada de certa problemática, oriunda da própria indeterminabilidade do mesmo. Assim, vez que o estatuído pelo Poder Legislativo oferece apenas liames mais genéricos e a certeza positiva e negativa relata ao interesse público, residindo, por derradeiro, seus problemas na interpretação e aplicação de um conceito jurídico, esbarrar-se-á inevitavelmente na apreciação desse conceito pelos demais poderes incumbidos de aplicar a lei. Assim, momentos haverá em que o Poder Judiciário se defrontará com a apreciação do conceito, controlando-o, dando à questão detalhes mais controversos.

³⁴¹ SÁINZ MORENO, Fernando. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico...* Op. Cit., p. 74;

PARTE II – PERSPECTIVAS DE CONTROLE DO INTERESSE PÚBLICO PELO PODER JUDICIÁRIO

O conceito de interesse público, diante da complexidade de sentidos que abarca em uma análise desvinculada da realidade, é tema controverso em qualquer situação. É-se possível imaginar que, mesmo o Poder Legislativo, com prerrogativas de definir o interesse público e de inovar a ordem jurídica, encara com cautela a questão, justamente para respeitar o ordenamento jurídico posto e o ordenamento constitucional. A questão passa a dotar-se de imbricações ainda maiores quando se passa ao âmbito de aplicação do conceito. Como pontua Eneida Desiree Salgado,

Ao aplicar a norma jurídica, o intérprete pode atribuir novos sentidos aos seus termos, alargando ou restringindo seu significado. A textura aberta da linguagem e a plasticidade das normas constitucionais permitem essa atualização, como se verifica facilmente nos termos “bem comum”, “interesse público”, “reputação ilibada”, “honra”, “justiça social”, “igualdade”, “liberdade”.³⁴²

Como se viu, assim, a aplicação do conceito jurídico indeterminado, dá certa margem de apreciação ao administrador quando de sua aplicação, justamente por o mesmo se configurar nessa categoria de conceitos. Essa configuração, aliás, é forçoso lembrar, se passa em todos os ramos do Direito, como averba Enterría³⁴³ e também Hachem,³⁴⁴ exemplificando que o juiz não raro se depara com a apreciação de conceitos como a boa-fé (que, ainda que se observe com contornos objetivos via de regra pela disciplina cível é subjetiva e *animus domini* em casos de usucapião, por exemplo, e ainda assim quem está legitimado a averiguá-la é o judiciário),³⁴⁵ dano moral (Direito Civil), segurança jurídica (Direito Constitucional), desídia justificadora de justa causa (Direito do Trabalho), racismo (Direito Penal), perigo à ordem pública (Direito Processual Penal), receio de dano irreparável apto à concessão da antecipação de tutela (Direito Processual Civil), dentre tantos outros. A nenhum desses casos, no entanto, parece haver grande divergência de que cabe ao juiz, enquanto aplicador do Direito, a tarefa de dar significação aos conceitos.

³⁴² SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral...* Op. Cit., p. 96;

³⁴³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op. Cit., pp. 79-80;

³⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., pp. 285-290;

³⁴⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 188-189;

No caso do interesse público, no entanto, a situação é dotada de contornos mais delicados, precisamente porque, antes do juiz, este conceito é comumente aplicado por outro agente estatal: o administrador. Normalmente este, ligado ao aparato administrativo, terá a aparência de estar mais legitimado à aplicação do conceito. Isso porque, como se viu, interesse público possui veias multifárias, e, portanto, transcende a mera hermenêutica jurídica, configurando-se, também, um conceito político, dentro da discricionariedade, da margem de apreciação outorgada ao administrador – na qual classicamente alega-se a impossibilidade de o Judiciário emitir qualquer juízo, pois alegadamente estar-se-ia substituindo ao administrador.³⁴⁶ Donde que a apreciação judicial do mesmo conceito não é imune a problemas, muitos deles plasmados na questão da legitimidade para valer-se e significar no processo de subsunção tal expressão. Sérgio Cruz Arenhart elucida a problemática do assunto:

A grande questão a ser enfrentada diz com os limites a essas possibilidades [de apreciação judicial de um conceito também político]. Até que medida o juiz pode (...) sobrepor sua decisão (judicial) àquelas outras (políticas) ditadas por representantes do Executivo e do Legislativo. Qual o limite para que uma decisão fundada em critérios objetivos (legais), mais ou menos precisos, possa afastar as conveniências políticas daqueles que (ao menos em princípio) foram eleitos para decidir os rumos do Estado brasileiro?³⁴⁷

Como é cediço, então, a Administração Pública, no Brasil, pratica o controle dos atos da Administração Pública, donde que, para a satisfatória cognição do tema, impende analisar primeiramente sob quais estruturas este controle é feito (2.1), para depois adentrar à problemática relativa à discricionariedade outorgada aos agentes públicos (2.2), pois esta compreensão é fulcral no entendimento posterior de em que medida esta discricionariedade guarda relação, ou não, com os conceitos jurídicos indeterminados (2.3), que, como se viu, é a natureza do presente objeto de estudo. Uma vez compreendidos esses liames em relação ao controle judicial nessa categoria de conceitos, passa-se seguramente ao estudo dos limites e possibilidades desse mesmo controle, em relação específica ao interesse público (2.4), para, enfim, arrematar-se a questão.

O estudo da nem sempre harmoniosa relação entre poder público e jurisdição acabará, também, por demonstrar qual é o papel que o Poder Judiciário

³⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, pp. 88-89;

³⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. in: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 505;

tem no presente regime jurídico-administrativo brasileiro, e se o mesmo está autorizado a efetivamente exercer um controle material da Administração, ou se deve apenas prestar deferência à mesma. Isso porque o Judiciário é, em uma análise passageira, instrumento da lei, não seu feitor. Poderia ele divergir daqueles para quem expressamente foi outorgada a tarefa de interpretar e aplicar o conceito em comento? Em outras palavras, pode-se pensar a questão a partir da dúvida motivadora, do que se prospecta um questionamento da lição de Enterría: *pueden, afinal, las zorras guardar las casas de las gallinas?*³⁴⁸

2.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB CONTROLE

O décimo quinto artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão enunciava de maneira clara: “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público quanto à sua administração”. Esse breve dispositivo, como se vê, apesar de conciso, é capaz de refletir a mentalidade instaurada após o período revolucionário: os órgãos de administração não mais agiriam de forma incontrolada, impassíveis de revisão e de restrição a um possível abuso oriundo dos poderes por eles detidos. Fórmulas antigas como o famoso *le roi ne peut mal faire*, ou *the king can do no wrong* não se compatibilizavam com o espírito republicano erigido após a tomada do poder político pela classe burguesa, que tinha claros os objetivos de obliterar cabalmente os benefícios da aristocracia.³⁴⁹ Assim, junto com o nascimento do republicanismo, do Direito Administrativo, da noção de interesse público, contemporaneamente ao florescimento da noção de moderno constitucionalismo etc., exsurge a idéia, até então limitada ou garantida pela promessa de uma justiça transcendental (divina), de que os administradores, enquanto serventuários do povo (verdadeiro titular do poder), são passíveis de controle. Observe-se, no entanto, que nos primórdios do Estado Liberal, o controle realizado se circunscrevia tão somente a critérios de restrita legalidade dos atos (afinal, a lei seria o legítimo limite ao poder).³⁵⁰

No alvorecer do Estado Social e Democrático de Direito, no entanto, o que se observa é que o controle da administração se expande no intuito de efetivamente democratizar-se. Espraiam novas formas de controle da Administração Pública, que

³⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op. Cit., p. 72;

³⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos...* Op. Cit., p. 20;

³⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140;

consagram o cidadão diretamente como o grande interessado no bom agir da Administração, e, assim, com a necessidade de portar instrumentos jurídicos aptos a fazer este controle. Esta noção, recepcionada pela Constituição de 1988 corresponderá a diversos instrumentos de correção e fiscalização aos órgãos dos três poderes, além do cidadão individual e do Ministério Público, por exemplo.³⁵¹

O controle da Administração, como é cediço, se dá, assim, de duas formas: internamente ou externamente. O controle interno, que normalmente é relegado a segundo plano tanto pela doutrina quanto pela *praxis* da Administração, aparenta ser, contudo, sua forma mais efetiva e célere de controle, fazendo-se mister a maior habituação na prática do mesmo. De toda valia, como a própria designação impende inferir, o controle interno é o realizado pelos próprios órgãos da Administração, nos termos e dentro dos poderes que a própria lei confere a cada cargo administrativo para que esse tipo de revisão seja efetuada. Assim, ao controlar a própria função, coloca-se ao agente Administrativo o dever de cumprir e fazer cumprir os preceitos fundamentais da Administração Pública. Nesta toada, são relevados dois mecanismos fundamentais ao exercício do controle interno: *i*) a auto-tutela (também chamada de autocontrole), que dispõe acerca de a administração poder rever os próprios atos, quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. A auto-tutela da Administração pode acontecer a partir do próprio agente que praticou o ato que se queira revisar, ou de outro com autoridade superior, a quem a lei expressamente tenha outorgado competência hierárquica revisional; e *ii*) pedido de reconsideração: que é o recorrimto de ato praticado pelo aparato administrativo a parir de pedido de outrem. Observe-se que, embora esta forma de controle não se inicie *sponte propria* da Administração Pública (que é, afinal, provocada), é ela mesma que promove a revisão e a correção do ato, daí que é configurado, sem dúvida, controle interno. Para por termo a esta breve análise (posto que é acessória à compreensão do tema deste trabalho), observe-se que se qualquer agente público responsável por sanar atos irregulares ou ilegais, em tomando conhecimento de algum ato eivado por estes vícios e não agindo de modo a concretizar o controle pretendido pela lei, responderá solidariamente pelas sanções que dele advier. “Ou seja, o controle constitui poder-dever dos órgãos e de seus servidores, aos quais a lei atribui essa

³⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141;

função, precisamente pela sua finalidade corretiva”.³⁵² Assim, não pode tal controle operar de modo ineficaz, sob pena de responsabilização de quem se omitiu.

No que transborda a esfera *interna corporis* da Administração pode-se dizer que se trata de controle externo, isto é, efetuado por órgão estranho ao aparato administrativo, e que, ainda assim, detém possibilidade, com respaldo jurídico, de efetuar a revisão dos atos administrativos. Assim, não apenas o aparato administrativo pode revisar seus atos, mas também órgãos dos outros poderes, nomeadamente do Legislativo e do Judiciário. Nesta tessitura, poder-se-ia, em visão mais pedestre, averbar-se que um controle efetivado dessa forma, atentaria contra a separação de poderes, princípio cardeal de todos os modernos Estados de Direito, pontificado, no Estado brasileiro, no art. 2º da Constituição,³⁵³ existindo, inclusive, como cláusula pétrea de todo o ordenamento jurídico constitucional da República.³⁵⁴ Esta visão, no entanto, que ainda hoje encontra eco em contestações e peças no geral de Procuradores do Estado, dos municípios etc., e, igualmente, em declarações dos próprios magistrados que procuram se esquivar de adentrar em questões atinentes a um controle que supere a mera legalidade tradicional, é, em grande medida, fruto de uma interpretação equivocada do princípio.³⁵⁵

Edificada com fulcro nas teorizações de Montesquieu,³⁵⁶ a teoria conhecida como separação de poderes ou eqüipotência, tem, a sua vez, significação distinta da alcuna que se lhe é atribuída. Significa, muito mais, uma interdependência entre Legislativo, Executivo e Judiciário, com uma consecutória imbricação de tarefas. Isso porque o Poder de um Estado (na forma moderna de Estado), além de único (ou seja, só há um Estado por território que esteja sob sua soberania) é uno, vale dizer, impassível de fragmentação.³⁵⁷ Aludir a uma separação de poderes efetiva é estar em desacordo com as forma do moderno constitucionalismo, sedimentadas há mais de trezentos anos. É, assim, um desentendimento total do assunto. O que há, em realidade, é uma separação de funções.³⁵⁸ Trata-se, assim, da existência de um

³⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 142;

³⁵³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁵⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 60.** § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;

³⁵⁵ GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 231;

³⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Do espírito das leis...* Op. Cit., pp. 15 e ss.;

³⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado...* Op. Cit., p. 65;

³⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado...* Op. Cit., pp. 189-190;

poder que possa contrariar outro poder, trata-se de uma correlação de forças.³⁵⁹ Como é notório, a teoria do Barão de Montesquieu é relevada justamente por se produzir enquanto um sistema de *checks and balances*, freios e contrapesos, tendente a precaver de modo sistêmico um abuso de poder (que é a postura naturalmente tendente a partir daqueles que fazem uso dele). Assim, o falso adágio de separação dos poderes não vem a transmitir a complexidade que encerra esta idéia, sendo muito mais apropriado o entendimento de um “balanceamento de poderes” frente a realidade brasileira.³⁶⁰ Como bem pondera Riccardo Guastini, “no modelo de separação de poderes, os juízes não podem controlar a legalidade dos atos do executivo, nem anular ou privá-los de eficácia (o controle da legalidade sobre os atos da administração é atribuído aos órgãos internos da própria Administração”, vez que, “no modelo do balanceamento de poderes, os atos do executivo são sujeitos a controle jurisdicional de legalidade, e os atos administrativos ilegais podem ser anulados (ou, ao menos, desaplicados) pelo juiz”.³⁶¹

Assim, o paradigma vigente é o de balanceamento dos poderes, o qual permite, assim, o controle externo dos atos da Administração tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Judiciário (este último mais afeito à análise deste trabalho). Assim, para controlar a higidez do agir administrativo, podem os outros dois poderes efetuar sua revisão, de modo a garantir que o poder não seja pretexto ao cometimento de arbitrariedades, ou que seja utilizado em desalinho com a lei. Observa-se que o controle de um Poder pelo outro não é feito de forma conflitiva e de acordo com a vontade do ocupante de um cargo funcional em um dos três.³⁶² Ao contrário, esse controle, que existe, só existe de acordo com o texto constitucional. Nesse sentido, pode o Poder Legislativo está legitimado a exercer um controle mormente político sobre os atos da Administração e do Executivo em um geral. Assim, este controle está, em linhas gerais, ligado a institutos como o *impeachment* (lei nº 1.079/50), Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art.58, §3º), sustação

³⁵⁹ ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: sociedade e poder*. in: WEFFORT. Francisco C. (Org.). Os clássicos da política, v. 1, São Paulo: Ática, 2000, p. 213;

³⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 513;

³⁶¹ GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 26 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *Ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 513;

³⁶² ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 38;

de atos normativos e contratos do Executivo (CF, art. 49, V), notadamente o controle financeiro através do Tribunal de Contas, dentre tantos outros.³⁶³

Por fim, observe-se que também o Poder Judiciário, no balanceamento tríade de forças, está legitimado a rever os atos da Administração. Observe-se que, no Brasil, ao contrário do que acontece em vários países europeus, há a chamada jurisdição única, ou seja, cabe ao Poder Judiciário (único), com força de definitividade, dirimir toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, inclusive se a Administração Pública integrar um dos pólos da relação processual. Tal unicidade, que garante a total apreciação pelo Poder Judiciário é oriunda sobretudo do art. 5º, XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário leão ou ameaça a direito”. Assim, estabelece a Constituição um “direito à tutela jurisdicional efetiva”,³⁶⁴ e, igualmente, assim, coroa a inafastabilidade da tutela jurisdicional, donde se extrai o princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos³⁶⁵. Observe-se, ainda, que, como pontua Odete Medauar, a Constituição não remete em nenhum momento à proteção apenas a lesão de caráter individual, vale dizer, os processos coletivos em face do ente público são perfeitamente cabíveis no direito brasileiro.³⁶⁶

Diante desta configuração, averigua-se, igualmente, que a interferência da jurisdição sobre o agir administrativo é, de fato tão real e contundente, que, sem maiores divergências, acarreta uma série de conseqüências para a Administração Pública, nomeadamente:³⁶⁷ i) a suspensão de atos ou de atividades – ou seja, ainda que a Administração tenha prerrogativas para agir de ofício, uma liminar ou uma decisão interlocutória suspensiva impedirão invariavelmente a prática do ato objeto de lide, limitando a capacidade de o aparato administrativo dar continuidade a consecução normal de seus afazeres até que sejam dirimidas as pretensões resistidas; ii) anulação – a determinação de invalidade, pelo judiciário, expurga os efeitos do ato do mundo jurídico, operando *ex tunc*; iii) imposições de fazer, abster-se, pagar ou indenizar – talvez demonstrando a forma mais evidente de controle revisional, pode o Judiciário determinar diretamente ações que deve a Administração Pública praticar, fazendo determinada ação (pagar um benefício previdenciário, por

³⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, pp. 142-143;

³⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público... Op. Cit.*, p. 360;

³⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público... Op. Cit.*, p. 118;

³⁶⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno... Op. Cit.*, p. 393;

³⁶⁷ A classificação, aqui, é de Odete Medauar. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno... Op. Cit.*, pp. 396-397;

exemplo), não fazer (parar de veicular determinada propaganda), pagar ou indenizar determinada pessoa. Observe-se que estas condutas são válidas e devem obrigatoriamente se seguidas ainda que a contragosto da Administração. Donde se observa que cabe ao magistrado uma capacidade imensa de revisar o agir da administração e impor-lhe condutas.

Por fim, cabe menção de que a doutrina pátria, ao se debruçar sobre o controle judicial da Administração Pública, cria a deixa para explicar de maneira verticalizada a diferença entre jurisdição única e dúplice, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública e, igualmente, os instrumentos e remédios processual-constitucionais correlatos à Administração em juízo (o mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data)³⁶⁸. Conquanto tal análise seja fundamental para uma compreensão satisfatória, não se depreende maior valia da mesma para o presente estudo, vez que as imbricações controversas relativas à aplicação do conceito de interesse público independem de a jurisdição que julga a Administração ser única ou dúplice, e, igualmente, é indiferente o meio processual que levará o magistrado ao confronto com o conceito jurídico indeterminado de interesse público. Assim, este tema profícuo (digno de trabalho próprio, aliás), consegue, através do breve apanhado feito até o momento, fornecer diretrizes essenciais para a resolução do problema que por hora se persegue.

Assim, a retrospectiva realizada denota, sem dúvidas, que a Administração Pública em seu agir normal, é alvo direto de controle, e seus atos podem ser revisados. Essa revisão pode ser *interna corporis*, ligada de modo mais íntimo aos próprios agentes do aparato administrativo, que promoverão (pois têm o dever de fazê-lo) a revisão dos atos administrativos que houverem, de algum modo, infringido ilegalidade, inconveniência ou inoportunidade. De todo modo, paralelamente a este controle interno, também a Administração pode ser alvo de um externo, oriundo dos poderes Legislativo ou Judiciário. Esse tipo de revisão que parte de órgão alheio à administração de modo algum tende a ferir a cláusula pétrea de separação dos poderes. Isso porque, como se viu, o termo não alude a uma separação real (até porque é impossível que assim seja), mas, precisamente, para uma separação de

³⁶⁸ Seguem essa didática: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, pp. 936-947; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, pp. 144-148; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno... Op. Cit.*, pp. 396-412; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, pp. 1153 e ss., dentre outros;

funções, que acarretam a distribuição de competências e tarefas de modo diferenciado e que propicie o equilíbrio entre as funções estatais. Não se está a tratar de raposas e ovos de galinha,³⁶⁹ mas, a seu tempo, do desempenho de funções diferentes em natureza, mas iguais em sua essencialidade e imprescindibilidade. Assim, a dita separação de poderes muito mais se alinha com um balanceamento dos mesmos, que permite a revisão externa dos atos da Administração. Não apenas a própria “separação”, em seu intuito de freios e contrapesos, fornece instrumentos para a realização desse controle, como também o art. 5º, XXXV, consagra derradeiramente a inafastabilidade da apreciação judicial, e, assim, a revisão dos atos da Administração pelo poder judiciário.

O controle judicial do aparato administrativo, é, por conseguinte, possível e irrenunciável (CF, art. 5º, XXXV), no entanto, como se sabe, esse mesmo controle só pode ser feito dentro de alguns limites. A análise de quais seriam tais limitações se mostra essencial, assim, para, em momento posterior, verificar-se de que forma elas se aplicariam (ou não) em relação ao conceito de interesse público.

2.2. A APRECIÇÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO: DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

O ato administrativo hígido, como bem se sabe, deve atender de forma satisfatória todos os seus elementos, a saber: agente, forma, finalidade, objeto e motivo,³⁷⁰ quanto a isso, a doutrina é pacífica. Assim, o agente deve ser agente competente, isto é, deve atender aos requisitos legais de competência, afinal, só existe competência em conformidade com a lei. O objeto, por sua vez, deve ser lícito, ou seja, albergado dentro dos objetos perseguíveis no ordenamento jurídico, também ao sabor da lei. A forma, também consagrada em lei, vai dar efetividade ao princípio da publicidade e deve obrigatoriamente ser seguida para a higidez do ato. A finalidade, como se viu, será sempre a satisfação do interesse público, a finalidade sempre será pública, portanto, entendido, aqui, o interesse público em seu sentido amplo como a gama de valores albergados pelo ordenamento jurídico. Por fim, o motivo, no que toca à apreensão do fato e sua qualificação jurídica, observe-se também que o mesmo deve ter existido, acontecido com a exatidão com que

³⁶⁹ Conforme também refuta Enterría. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op. Cit., pp. 72-74;

³⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno...* Op. Cit., p. 136-140;

propugna a Administração, e as conseqüências jurídicas que enseja devem se igualmente lícitas.³⁷¹

Levando-se em consideração o simples axioma de que “administrar é aplicar a lei de ofício”,³⁷² e tendo-se como horizonte o direito fundamental a uma boa administração pública,³⁷³ assim, impõe que “a lei reclama que seja exata e plenamente atendido o seu escopo”.³⁷⁴ Para que este escopo seja fielmente executado, e em levando em consideração a complexidade do caso concreto – inabarcável por regras abstratas e genéricas – imbui, assim, o legislador o administrador de certa competência discricionária. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello enuncia os fundamentos que ensejarão esta abertura legal, resididos precisamente nas impossibilidades materiais e jurídicas para que não fosse conferida essa margem de apreciação ao aplicador.³⁷⁵ Daí que é possível se falar em parcela vinculada e parcela discricionária do ato administrativo, vale dizer, em certos aspectos o administrador estará restrito a cumprir expressamente aquilo que a lei previu com precisão, e em outros, estará restrito a cumprir expressamente aquilo que a lei previu com certa abertura. Ou seja: só há margem de discricionariedade com fulcro legal. Assim, observe-se que não há ato completamente discricionário, bem como não há ato completamente vinculado, e sim parcelas do ato sujeitas à vinculação e à discricção. Nesse sentido Romeu Felipe Bacellar filho aponta que no tocante ao agente, finalidade e forma, a lei sempre é taxativa, e não dá qualquer resquício de escolha ao Administrador. Assim, residiria a parcela discricionária do ato no exame de seus motivos e seu objeto.³⁷⁶ Ainda, o administrativista paranaense ilustra a questão valendo-se de um exemplo didático e metafórico:

Partindo do pressuposto, de todo racional, de que o legislador não haverá de ser tão criativo, imaginativo, a ponto de poder prever todas as vicissitudes ou circunstâncias enfrentadas na atividade administrativa, suprimindo com mandamentos absolutamente adequados as mais diversas perplexidades, é que se reconhece, em dadas situações, a necessidade de um agir discricionário. Discricionariedade, aplicável quando as

³⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 44;

³⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário...* Op. Cit., p. 3;

³⁷³ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o Direito Administrativo brasileiro do século XXI*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/27115957/Juarez-Freitas-Direito-Fundamental-a-Boa-Administracao>, acesso em: 26/11/2011 às 04:07;

³⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade – Discricionariedade – seus limites e controle*.in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58;

³⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 955;

³⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 44;

circunstâncias da realidade revelam-se de difícil ou impossível previsão, não se confundindo com arbitrariedade, é um agir submisso à lei. Representa um espaço ou margem de atuação, não coberto pela especificidade da norma, mas confiado ao tirocínio do administrador público para um agir lastreado em conveniência e oportunidade. A lei possibilita o preenchimento de um cargo em confiança ou em comissão, *ad nutum*, a livre gosto, à vontade. Todavia, as coisas não se passam com a simplicidade que o vocábulo latino, em sua concepção etimológica, quer repassar. O administrador público não poderá nomear quem quiser ao seu livre entendimento. Indivíduo nomeado – inobstante o provimento prescindido de concurso público – terá de ostentar os requisitos mínimos para qualquer aspirante a um cargo público, inclusive aptidão para o exercício do cargo. A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o administrador público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranqüilo e previsível, pois, submisso ao princípio da legalidade, o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes –, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.³⁷⁷

Esta comparação antecipa duas vicissitudes importantes da discricionariedade. A primeira delas, que consiste no dever de adotar a melhor opção,³⁷⁸ será oportunamente melhor analisada doravante, mantendo-se de todo intocada por hora. A outra aponta para os dois critérios a serem analisados pelo administrador para que, assim, oriente a sua escolha: conveniência e oportunidade. A análise dessas duas variáveis, dentro da margem de discricção que a lei confere ao administrador vão a se consubstanciar naquilo que comumente costuma-se chamar de mérito do ato administrativo. Nesse sentido, o mérito durante muito tempo foi entendido como âmbito de apreciação exclusiva do administrador, como fica precisado na lição de Seabra Fagundes:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. é o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores resumem no binômio: oportunidade e conveniência. (...) Não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração do ato administrativo; não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação de vontade, motivo, objeto, finalidade e forma); surge em conexão com o motivo e o objeto [elementos do ato passíveis de escolha, pelo administrador, dentre as opções dadas pela lei, visto que os demais são sempre vinculados]; relaciona-se com eles;

³⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 37;

³⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade – Discricionariedade – seus limites e controle... Op. Cit.*, p. 59;

é um aspecto que lhes diz respeito; é uma maneira de considerá-los na prática do ato; é, em suma, o conteúdo discricionário deste.³⁷⁹

É nesta celeuma, portanto, que a questão passa a ganhar contornos bastante pertinentes ao presente estudo. Uma vez que está-se a debruçar sobre o controle judicial do interesse público, e, como se viu, o conceito é dotado de certa vagueza, de indeterminação, que vem a complexificar a aplicação do mesmo no caso concreto pelo administrador, faz-se necessário, então, o estudo de em que medida o magistrado está apto a realizar o controle da Administração em aspectos que transcendam a mera legalidade. Isto é, se o interesse público se resguarda em uma ordem de idéias relativa à imprecisão, vagueza, que, no entanto, impenderá uma precisão mais específica diante da realidade concreta, é inegável que se está a lidar com um exercício lógico e subjuntivo do agente público, o que guarda vários pontos de convergência com a técnica de apreciação do mérito de determinado ato.

Nesse sentido, a visão consecutória do propugnado por Seabra Fagundes, que é, em grande media, a visão clássica do Direito Administrativo, é a de que não se pode substituir o alvedrio do administrador pelo do juiz. Aquilo que cabe ao agente público administrativo decidir não está contemplado na esfera de apreciação judicial, vale dizer, o mérito é insindicável judicialmente.³⁸⁰ Essa posição encontrou âncora na doutrina brasileira durante considerável espaço de tempo, propagada mormente por autores clássicos como Hely Lopes Meirelles, e, um pouco mais recentemente, Diógenes Gasparini e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.³⁸¹ Contemporaneamente, a posição não é mais sustentada pela maioria da doutrina que se debruça com seriedade sobre a questão, no entanto, ainda é renitente em livros carregados com menor comprometimento científico (como apostilas e “resumos” de cursinhos jurídicos preparatórios para exames – o que, aliás, indica que os exames também continuam a exigir o conhecimento dessa visão clássica), e parcela da jurisprudência. *A contrario sensu*, autores como José dos Santos Carvalho Filho ainda persistem nessa visão (fazendo remissão, no processo, a conceitos como o de “ato discricionário”, também em desalinho com o estudado até

³⁷⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário...* Op. Cit., p. 149;

³⁸⁰ BEDENI, Luis Felipe Ferrari. *Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?* in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 288;

³⁸¹ Conforme visto em: BEDENI, Luis Felipe Ferrari. *Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?*... Op. Cit., p. 289;

agora, que propugna apenas alguns elementos do ato serem discricionários, bem como o de separação de poderes entendido como a cisão de fato imexível entre as esferas funcionais):

Pode-se, então, considerar o mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e constituem o objeto com condição, é claro de se preordenar o ato ao interesse público.

(...) O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta Seabra Fagundes, com apoio em Ranelletti, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência dos poderes”. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda um tipo de avaliação peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.³⁸²

À parte o posicionamento do autor, observa-se que o movimento, atualmente, é de apontar no sentido oposto, qual seja: na possibilidade de o Poder Judiciário analisar também o mérito dos atos praticados pela Administração Pública. Assim, sustenta a maior parcela da doutrina atual que, embora se possa remontar que, de fato, o juiz não pode substituir-se ao administrador e que cabe, sim, uma parcela intocável de cognição³⁸³ à administração, mas o mérito do ato administrativo não pode ser tão compreensivo a ponto de extirpar da apreciação judicial o controle.³⁸⁴ Nas palavras de Di Pietro, o conceito de mérito não se presta a fornecer uma escusa à má atuação da Administração, e, assim, “é necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito”.³⁸⁵

A discricionariedade, assim, só parece existir em função da melhor satisfação, pelo aparato administrativo, das finalidades arroladas pelo ordenamento

³⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-114 *apud* BEDENI, Luis Felipe Ferrari. *Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?...* *Op. Cit.*, p. 289;

³⁸³ Celso Antônio usará como exemplos a avaliação de uma banca examinadora de qualificação em concurso público ou conferência de alguma premiação, bonificação etc., na forma em que a lei permitir. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, pp. 426-429;

³⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário...* *Op. Cit.*, pp. 515-516;

³⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130;

jurídico posto.³⁸⁶ A esse propósito, Bandeira de Mello passa a conceituar a discricionariedade administrativa como: “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.³⁸⁷ Ou seja, sem negar a existência da discricionariedade, e sem deixar de entendê-la ligada diretamente a critérios subjetivos do agente público (o que faz com que seja incapaz que a sua vontade seja arbitrariamente substituída pela do juiz), no entanto, a grande mudança paradigmática trazida pelo doutrinador é justamente a funcionalização do conceito de discricionariedade. Por duas vezes o professor faz uso da expressão “a fim de que” para condicionar a existência da discricionariedade. Assim, a margem de liberdade existe, de fato, está ligada à apreciação subjetiva do administrador, igualmente, mas só se configura se exercida com o fim de integrar essa vontade àquilo que pede a lei e, ademais, apenas na medida em que consagra a satisfação dos objetivos expostos na lei. Assim, essa sofisticada técnica de apreciação do conceito de discricionariedade acaba por reforçar duplamente tanto a adstrição dos juízos de mérito à legalidade, quanto a necessidade de reverência dos mesmos às finalidades do ordenamento, aos valores compreendidos pelo ordenamento jurídico posto, e, assim, vale dizer, ao interesse público em sentido amplo.

A inserção desses novos elementos na definição da discricionariedade cumpre a tarefa de funcionalizar o conceito em sua essência. Assim, só passa a existir legítima margem de discricionariedade se ela cumprir os fins a que está condicionada. E a verificação desses fins, uma vez que os mesmos encontram supedâneo direto na lei, passa a integrar o âmbito de apreciação do Poder Judiciário. Assim, em termos práticos, modernamente o juiz pode, sim, adentrar o mérito administrativo, sem, no entanto, “invadi-lo”.³⁸⁸ Ainda que, repise-se, não se substitua a vontade do administrador por aquela do magistrado, o exercício da discricionariedade, em não sendo livre, pois condicionado ao cumprimento de fins legais, pode passar, assim, pela apreciação judicial, segundo a doutrina contemporânea. Ademais, observe-se

³⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário... Op. Cit.*, p. 518;

³⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 426;

³⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial... Op. Cit.*, p. 46;

que há outros aspectos do mérito, como a supracitada necessidade de escolha da melhor opção, que serão objeto de estudo na sequência.

Cabe, por fim, pontuar que esta digressão, feita nos dois últimos pontos, é fulcral na amalgamação teórica pretendida. O que pôde se observar, até o momento, nesta parte do trabalho, é, em breves linhas, que: *a)* cabe ao Poder Judiciário, sem a ressalva de estar-se afrontando os limites do balanceamento entre os Poderes, revisar e controlar a atuação da Administração Pública e *b)* mesmo quando se depara diante de margens de discricionariedade, o que outrora fora visto enquanto impeditivo inarredável à análise do magistrado, hoje se configura muito mais como âmbito também passível de controle judicial. Assim, como se viu anteriormente no ponto 1.3, o conceito de interesse público, por sua própria natureza vaga, mas que deixa de ser imprecisa quando aplicado ao caso concreto, também exigirá um juízo subjuntivo do administrador/aplicador. Guarda, assim, diversos pontos de contato com a análise feita até o momento acerca da discricionariedade, bem como o entendimento da possibilidade do controle do agir da Administração, mesmo quando da aplicação que passe por sede subjetiva do agente público. Assim, cabe analisar em que medida o apanhado atual fornece elementos para o destrinchamento da questão derradeira acerca do controle judicial do interesse público.

2.3. MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE X CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Resta saber qual é a relação que a discricionariedade guarda com os ditos conceitos jurídicos indeterminados, se é que possui alguma. Conforme adverte Flávio José Roman, “sobre este aspecto existe forte e centenária polêmica na doutrina, que reside precisamente na questão atinente à existência de discricionariedade administrativa na definição de um conceito indeterminado”.³⁸⁹ Diante desse contexto, antecipa-se a estruturação consectária da análise doutrinária acerca da relação “conceitos jurídicos indeterminados/discricionariedade” para a melhor apreensão do feito. É constatada a existência de três paradigmas maiores que buscam apreender esta noção, a saber: *A)* o entendimento da “vinculação indeterminada” – no qual se afirma que a indeterminação dos conceitos é coisa outra

³⁸⁹ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica*. in: SPARAPANI, Priscilia; ADRI PORTO, Renata. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 99-100;

que não margem de discricionariedade, pois essa permite a eleição de opções entre indiferentes jurídicos, sendo aqueles passíveis de apenas uma escolha adequada; B) o entendimento em que há “discricionariedade voltada apenas à melhor solução” – ou seja, que a significação das indeterminações está, sim, a se tratar de discricionariedade, no entanto ela mesma irá premer pela adoção de uma única e determinada conduta: a conduta ótima; C) e, finalmente, o entendimento de que há “identidade entre a discricionariedade e a zona de incerteza” dos conceitos jurídicos indeterminados – ou seja, embora as zonas de certeza (positiva e negativa) possam vir a dar ensejo à revisão judicial da aplicação do conceito, a zona de incerteza, o halo, comporta várias posições possíveis e juridicamente igualmente viáveis, e, portanto, a elas se aplica o mesmo que à discricionariedade.

De início, cumpre observar que, como se sabe, o controle judicial do interesse público está a depender da feição com que se encara o conceito, vez que, enquanto indeterminado, pode, em não ter sido o legislador preciso em sua determinação, ser tomado enquanto campo aberto e comparável à discricionariedade (o que evitaria, *ab ovo*, sua apreciação mais direta pelo Judiciário), ou, ao revés, também se poderia imaginar a análise judicial do conceito igualmente a todos os demais, indeterminados ou não, viabilizando a ampla apreciação do mesmo pelo juiz. Nesta toada, há relevada parte da doutrina, muito mais adstrita à relação do interesse público ao texto normativo, que afirma que a aplicação, a interpretação, subsunção, do interesse público ao caso concreto se baseia em mero juízo de legalidade (A). Tal concepção busca afastar a idéia de que, se se considerasse a indeterminação do conceito como espaço de discricionariedade, “a aplicação pela Administração de conceitos indeterminados, sobretudo o de interesse público, estaria totalmente subtraída à apreciação do Poder Judiciário, porquanto estaríamos em face de noções ligadas à conveniência e oportunidade das decisões, ao seu mérito, pois”.³⁹⁰

Eros Grau, no mesmo sentido, entende que a discricionariedade, ademais, “presta-se a subverter a *legalidade*”³⁹¹ e passa longe dos conceitos jurídicos indeterminados. Para Grau, “é certo, contudo, não se operar no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos ‘conceitos jurídicos indeterminados’ (vale dizer, das noções)”, pois, “são distintas a técnicas da

³⁹⁰ BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar...* Op. Cit., p. 110;

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., p. 203;

discrecionalidad e da *inserção*, nos textos das normas, de ‘conceitos jurídicos indeterminados’”.³⁹² No entendimento do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, estes possuem apenas uma única solução justa. Sua adequada subsunção é, assim, binária: ou se dá, ou não se dá. Difere-se amplamente, portanto, do que viria a ser a *discrecionalidad*, pois, nesta, haveria duas ou mais opções igualmente passíveis de escolha, sem preponderância de uma ou outra, já na aplicação do conceito jurídico indeterminado, ao enquadrá-lo em relação ao restante do ordenamento jurídico.³⁹³ Remete-se o autor à seguinte averbação de Enterría:

A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados (que, não obstante o seu nome, um tanto geral, são conceitos de valor ou de experiência utilizados pelas leis) é comum a todas as esferas do Direito. Assim, no Direito Civil (boa-fé, diligência do bom pai de família, negligência, etc.), ou no Penal (agravante de ser à noite, aleivosia, abusos desonestos, etc.), no Processual (dividir a continência da causa, conexão direta, pertinência dos interrogatórios, medidas adequadas para promover a execução, prejuízo irreparável, etc.), ou no Mercantil (interesse social, suspensão geral nos pagamentos, etc.). É simplesmente uma técnica geral e inescusável de toda *normación*.

Pois bem, quando essa técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é utilizada pelas normas de Direito Administrativo, surge o problema de que se produz uma aplicação inicial dos mesmos pela Administração. Importa muito não confundir o fato dessa aplicação unilateral prévia, que a Administração realiza em virtude de seu privilégio posicional da decisão prévia (...), com o uso de um poder discricional. Se o próprio de todo conceito jurídico indeterminado, em qualquer setor do ordenamento, é que sua aplicação só permite uma única solução justa, o exercício de uma potestade discricional permite, pelo contrário, uma pluralidade de soluções justas desde a perspectiva do Direito. Assim a promoção de funcionários por eleição permite considerar igualmente justas a designação de João como a de Pedro ou a de Antônio, precisamente porque se trata de uma *discrecionalidad*; entretanto, se se tratasse de aplicar o conceito jurídico indeterminado de falta de respeito em um procedimento disciplinar não seria igualmente justo que se reprovasse a um ou a outro funcionário, ou que se qualificasse uma mesma conduta alternativamente como respeitosa ou como desrespeitosa; só uma única solução será a justas com exclusão de toda a outra.

A *discrecionalidad* é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra-jurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração. Pelo contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categorial legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de

³⁹² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...* Op. Cit., p. 203;

³⁹³ Miguel Sánchez Morón sintetiza a idéia (para criticá-la) de modo bastante preciso: “*Esta supuesta diferencia teórica de principio se apoya en la idea de que, cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad administrativa mediante un concepto jurídico indeterminado, sólo admite una solución justa, que es aquella que derivaría de la subsunción de los hechos en la esfera significativa del concepto mediante un proceso lógico-jurídico. Este proceso subsuntivo excluiría toda discrecionalidad, ya que ésta supone por definición admitir que existen varias soluciones igualmente lícitas entre las que la Administración puede optar libremente. (...) Pero, si se admite que existe ese margen de apreciación, quiere decirse que la Administración puede llevar a cabo aplicaciones distintas del concepto que serían igualmente lícitas, lo que pone en cuestión que exista una sola solución jurídicamente aceptable*”. in: MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 116-117;

compreensão de uma realidade no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional.

As conseqüências desse contraste são capitais. Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite. Esta avaliação parte de uma situação de fato determinada, a que a prova lhe oferece, porém sua apreciação jurídica é feita desde o conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei. Entretanto, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que, seja esta do sentido que for, caso se tenha produzido dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa (...), é necessariamente justa (como o seria igualmente a solução contrária).³⁹⁴

Enterría, ademais, não se esquivava da questão relativa à zona de incerteza do conceito – o que, contudo, para o administrativista espanhol, só faz sentido em abstrato, pois na aplicação ou interpretação do conceito a indeterminação desaparece completamente, pois se veja:

É claro que, abstratamente, o conceito indeterminado não admite mais que uma só solução justa em sua aplicação a uma hipótese de fato determinado, mas é igualmente claro que a concreção dessa única solução não sempre é fácil. Na estrutura do conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo ou “zona de certeza”, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermédia ou de incerteza ou “halo do conceito”, mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma “zona de certeza negativa”, também certa quanto à exclusão do conceito. Por exemplo a zona de certeza do justo preço desta casa pode situar-se em dez milhões de pesetas, preço absolutamente mínimo conforme as estimativas comuns; a zona de imprecisão pode estar entre dez e quinze; a zona de certeza negativa, de quinze em diante. (...) Suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de fixar a solução justa se concretiza na zona de imprecisão ou “halo” conceitual, mas tal dificuldade desaparece nas duas zonas de certeza, positiva e negativa, o qual não é leviano de um ponto de vista de princípio.

Porém nem sequer este último reduto da “margem de apreciação”, (no qual se tinha, em certo modo, reconstruído a velha defesa da discricionariedade, embora já sob outras vestes mais modestas), é aceito como reduto isento de controle jurisdicional pela mais recente doutrina alemã e na Espanha por Sáinz Moreno. Esta doutrina, frisando que é o juiz quem, em virtude da Constituição, deve decidir os litígios que se suscitam na aplicação das leis, afirma que o juiz pode, sempre que lhe seja facilitada processualmente a representação do conjunto de fatos relevantes e as perícias que, em seu caso, possam ser oportunas para sua avaliação, revisar a inicial aplicação do conceito jurídico indeterminado que realizou a Administração e julgar sua adequação à lei. Isso é uma operação normal em todos os Direitos distintos do Administrativo, nos quais, como vimos, o manejo de conceitos jurídicos indeterminados é constante onde nenhuma dificuldade encontra sua fiscalização jurisdicional. Em último extremo, com esse julgamento final, o juiz reduz a “zona de incerteza” e reconduz o caso concreto a uma das duas zonas de certeza, a positiva ou a negativa, que é exatamente o mesmo que faz frente a todo problema interpretativo, porque a existência de incerteza, de imprecisão ou de dúvidas, é consubstancial em todo litígio.

Através deste aprofundamento na técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, a idéia da discricionariedade tende a reduzir-se de maneira considerável. Suas hipóteses tradicionais não são mais identificadas com a idéia de isenção de controle; têm passado a ser unicamente hipóteses de “dificuldade de controle”, considerado o tema desde a perspectiva (...). Sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada da decisão

³⁹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, pp. 393-395;

administrativa em causa desde a perspectiva de um conceito jurídico indeterminado, explícito ou implícito na lei (em último extremo, o de interesse público, de tão amplo “halo”), será juridicamente possível que o tribunal reveja a apreciação do conceito realizada pela Administração de sua função interpretativa e aplicativa da lei.³⁹⁵

De acordo com tal perspectiva, assim, a discricionariedade, no caso concreto, é eliminável ou irrelevante, donde “aferir e qualificar o *interesse público* como determinante de uma ação administrativa representa, afinal, um *juízo de legalidade*”.³⁹⁶ Daí a afirmação de que os supracitados autores (Eros Grau, Enterría, Alice Gonzales Borges) delimitam a apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados apenas a uma vinculação de forma indeterminada.³⁹⁷ Assim, não haveria diferenciação qualitativa entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados, apenas quantitativamente em relação ao grau de indeterminação (a extensão do “halo”). Logo, do mesmo modo em que a administração está vinculada a um conceito como “maioridade”, também está a “interesse público”, com a diferença de que aquele tem retalhes precisos, contidos na lei (v.g., 18 anos), e este apenas é incerto se tomado de forma genérica, desatada da realidade, pois “grande parte de sua imprecisão desaparece quando é colocado num contexto específico”,³⁹⁸ daí que sua vagueza não extinga a possibilidade de sua significação,³⁹⁹ portanto.

Outra parcela da doutrina, de modo distinto, vem a abnegar a concepção que busca extirpar a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Encara, nesse diapasão, a indeterminação do conceito enquanto a vasta margem de discricionariedade conferida ao administrador para adequar a melhor aplicação da norma ao caso concreto.⁴⁰⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello atesta literalmente que “a noção de discricionariedade *não se adscrive apenas ao campo (...) concernente ao mérito do ato administrativo*. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos”.⁴⁰¹ Outrossim, também afirma, com o mesmo condão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que os conceitos jurídicos indeterminados “implicam efetivamente uma apreciação subjetiva

³⁹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., pp. 396-397;

³⁹⁶ BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar...* Op. Cit., p. 115;

³⁹⁷ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 103;

³⁹⁸ PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito...* Op. Cit., p. 180;

³⁹⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 287;

⁴⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 131;

⁴⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., pp. 29-30;

pela autoridade administrativa, propiciando certa margem de discricionariedade”.⁴⁰² Pode-se entender, assim, que, em face à realidade administrativa “trata de situações multifária, multifacetadas, de grande variabilidade e imprevisibilidade que necessitam ser providas de soluções adequadas”, donde se deriva que “as regras administrativas trazem conceitos indeterminados, amplos, que possibilitam à autoridade certa margem de discricionariedade (...) ao caso, submetendo-se a controle de legalidade pelo poder Judiciário”⁴⁰³. Tais teorizações seguem à guisa de concluir que “se a autoridade administrativa, após efetuar o labor interpretativo, chegar a várias soluções igualmente válidas perante o direito, a escolha deve ser feita segundo critérios puramente administrativos. Aqui, portanto, a discricionariedade”.⁴⁰⁴

Observe-se primeiramente que todas as definições até o momento apresentadas que buscam uma sobreposição, identificação, da margem de discricionariedade, do mérito, com a zona de indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados, não se pretende, em momento algum, firmar autorização genérica à Administração, pois sempre está presente apenas “certa” margem de discricionariedade – palavra esta que pode, em coaduno com as teorizações dos apontados administrativistas, significar não “alguma”, mas sim “definida”, “delimitada”, “exata” margem de discricionariedade. A sincronia deste ideário, ao trazer à baila a descrição na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, também a restringe com veemência,⁴⁰⁵ pois, se de um lado a discricionariedade administrativa tem papel importante na tarefa exegética, aqui, por outro, ela própria passa a estar adstrita ao dever de adotar a melhor solução⁴⁰⁶ (B). Explana-se:

Poder-se-ia dizer que quando o conceito jurídico empregado comporta valoração subjetiva do aplicador, qualquer solução que, em tese, estivesse confortada pela norma atenderia o desejo desta. Não pode prosperar esse teorema. É que a discricionariedade não é liberdade para escolha de qualquer solução, mas a escolha daquela que melhor atenda aos fins para os quais a norma jurídica foi elaborada. É, antes, uma imposição para que o agente público adote o comportamento ótimo. Ou, *quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.*

⁴⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988...* Op. Cit., p. 122;

⁴⁰³ MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. in: Revista Trimestral de Direito Público, nº 14, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 83;

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Interesse Público: um conceito jurídico determinável...* Op. Cit., p. 111;

⁴⁰⁵ BEDENI, Luis Felipe Ferrari. *Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?*... Op. Cit., p. 300;

⁴⁰⁶ MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados...* Op. Cit., p. 83;

A razão demonstrativa e comprobatória desta assertiva é simples: a utilização de termos elásticos ou imprecisos não é sinônimo de autorização para a tomada de qualquer decisão, ou seja, não significa que qualquer decisão tomada dentro de seus limites seja válida. Ademais, se o legislador, podendo fazê-lo (escolher a melhor solução), não o fez, é porque pretende (e impõe) que a maleabilidade legal, nos conceitos, seja utilizada para buscar uma solução ótima, não apenas razoável, naquelas circunstâncias. Apenas é válida e conformada às finalidades legais aquela solução ótima.⁴⁰⁷

É o que também traz, com ênfase, Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴⁰⁸ Assim, fica evidente que a discricionariedade não é mera atribuição de faculdade ao administrador, que faz, no caso fático, papel de hermeneuta do conceito jurídico indeterminado. Ao revés, a discricionariedade, no torque desse paradigma, é, muito mais, a atribuição de competência ao administrador/aplicador para que o mesmo, diante de um plexo de soluções possíveis e legítimas, possa escolher aquela que melhor atinge a finalidade da lei. Em se desviando de tal finalidade,⁴⁰⁹ o ato é inválido.⁴¹⁰ Corrobora com tal afirmação a teorização de Gabardo no tocante ao princípio da eficiência administrativa – constante do *caput* do art. 37 da Constituição Cidadã. Neste arrimo, o alegado princípio consagra o dever de Administração, dentre as múltiplas opções possíveis, escolher sempre aquela que for mais eficiente, isto é, escolher a opção ótima, que melhor satisfaça o intento legal.⁴¹¹

Por fim, uma terceira posição doutrinária procura denegar as duas anteriores naquilo que têm em comum: a admissão de apenas uma solução justa, que vem a excluir a incidência de uma ampla discricionariedade.⁴¹² “*En realidad, lo que falla es (...) que la aplicación de todo concepto jurídico indeterminado en todos los casos sólo pueda deparar una solución verdadera y justa*”, afinal, “*esta idea se apoya en un concepto trascendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano, idealismo que no es fácil compartir*”.⁴¹³ Nessa visão, uma solução única e una, incontestavelmente adequada e ótima, para a significação de um conceito indeterminado existe apenas no plano da filosofia pura, e não encontra sustentáculo na realidade concreta.⁴¹⁴ Disso decorre que os conceitos jurídicos indeterminados possuiriam íntima ligação com a

⁴⁰⁷ MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados...* Op. Cit., p. 84;

⁴⁰⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., pp. 32 e ss.;

⁴⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. O “Desvio de Poder” na Administração Pública... Op. Cit., p. 57;

⁴¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., p. 36;

⁴¹¹ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130-135;

⁴¹² MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Op. Cit., p. 116;

⁴¹³ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Op. Cit., p. 118;

⁴¹⁴ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 106;

discricionariedade, não sendo razoável traçar uma distinção definitiva entre o conceito de “mérito” e a “área de apreciação” do referido conceito.⁴¹⁵ Assim, reside o âmago desse último viés justamente em identificar plena capacidade discricionária do administrador ao aplicar os conceitos jurídicos indeterminados (C).

A valoração das circunstâncias concretas à luz do ordenamento legal, por conseguinte, é de âmbito exclusivo da Administração, *“y si ésta puede llegar a varias soluciones distintas jurídicamente aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional. (...) La Administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo”*.⁴¹⁶ Assim, os partidários de tal acepção entendem que é impossível eliminar a discricionariedade do cotidiano da administração, pois a lei, por si só, em seu caractere geral e abstrato, jamais vai conseguir delimitar as situações fáticas de tal modo a que não haja uma interpretação de índole notadamente subjetivista quando se depara com conceitos jurídicos indeterminados. A indeterminação do conceito, nessa esteira, “não equivale a um sem sentido”, é, a seu lugar, a margem de apreciação discricionária outorgada pelo legislador para que o administrador preencha de acordo com seus próprios critérios, observadas a oportunidade e conveniência.⁴¹⁷

Para essa lógica particular, “o acolhimento da tese da unicidade implicaria a virtual eliminação da discricionariedade em todas as hipóteses, não só quanto aos conceitos indeterminados”⁴¹⁸. Assim, a discricionariedade é plenamente válida, inclusive na tratativa dos conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao Poder Judiciário apenas a análise de seus limites. Não se comportaria, assim, uma análise conteudista pelo juízo, isso porque situações haverá em que não será possível o julgador comprovar objetivamente que a escolha da Administração não se ajusta à compreensão razoável do conceito, donde se concluiria que, no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados, “a questão é de discricionariedade, não sendo, portanto, judicialmente sindicável”.⁴¹⁹

Donde que, assim, a análise dos conceitos jurídicos indeterminados pelo Poder Judiciário seria mínima, cingida, pois a maior parte da análise seria de foro privativo do administrador, podendo, assim, o juiz apenas interferir apenas naquilo

⁴¹⁵ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 106;

⁴¹⁶ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Op. Cit., p. 120;

⁴¹⁷ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 107;

⁴¹⁸ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 106;

⁴¹⁹ ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 108;

que tocasse às chamadas zonas de certeza, positiva ou negativa.⁴²⁰ É o que propõe também Gustavo Binbenbom, que afirma que o Poder Judiciário, ao se deparar com os conceitos jurídicos indeterminados, deve declarar a legalidade do ato quando se deparar com a zona de certeza positiva, ou anulá-lo, se tiver sido aplicado em caso da zona de certeza negativa, restando, no entanto, na zona de incerteza do conceito espaço para a discricionariedade do administrador e ao qual o juiz não pode se substituir.⁴²¹ Caberia, assim, ao Judiciário, apenas “discernir se a atuação administrativa se ateve ao atendimento das finalidades legais na compreensão do conceito indeterminado, ou se atuou de forma a infringir a regra de direito”, no entanto, jamais pretendendo “substituir o juízo da Administração, acaso adotada a solução que se atém ao campo razoável da compreensão do conceito”.⁴²² O que leva a conclusão derradeira que, *“en caso de duda razonable la aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita, sin que pueda el juez contencioso-administrativo sustituir los criterios valorativos de la Administración por sus propios (...)”*.⁴²³

Observados esses três paradigmas que conglobam as posições das tratativas específicas acerca da relação da discricionariedade a indeterminação dos conceitos, é cabida a ponderação entre eles, de modo que em certa medida todos eles se contrapõem e, assim, não são, os três, conciliáveis. No tocante à última tratativa vista (que iguala a zona de indeterminação dos conceitos indeterminados à margem de discricionariedade), cabem, desde logo, alguns apontamentos importantes. De início, é possível apontar ressalvas à afirmação de que o acolhimento das teorias que assinalam para a tese da unicidade (ou seja, que a aplicação do conceito jurídico indeterminado aponta apenas para uma solução justa, que dá a consecução ótima à finalidade da lei) “implicaria a virtual eliminação da discricionariedade em todas as hipóteses, não só quanto aos conceitos indeterminados”, como afirma José Roman. Não que esta afirmação não seja verdadeira, mas essa redução do campo de discricionariedade não é algo em essência negativo, que deve ser evitado. Primeiramente porque, como é ululante e basilar no Direito Administrativo, a Administração Pública (e seus institutos) não servem para garantir àquele que faça de administrador possibilidades de escolha,

⁴²⁰ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Op. Cit., p. 120;

⁴²¹ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 278;

⁴²² ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia...* Op. Cit., p. 108;

⁴²³ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial...* Op. Cit., p. 120;

tornando, assim, mais versátil a tarefa de administrar. Ao revés, o regime jurídico-administrativo parece muito mais estar preposto a levar sempre a opção ótima ao administrado, realizando em máxima o bem comum,⁴²⁴ independentemente de se isso será mais ou menos cômodo ao administrador e a seus desideratos pessoais. Igualmente, é passível de relativização a crença de que a aceitação de uma opção ótima de interesse público se baseia apenas em um juízo transcendente de Verdade e de Justiça. Rememore-se, conforme visto no ponto 1.4, os dizeres de Marçal Justen Filho de que a constrição semântica do conceito em exame, a despeito de uma natureza ética, pautada nos princípios de um Direito democrático, é, também, talhada com a cunha da tecnicidade, da ciência, do conhecimento.⁴²⁵ Assim, a noção dos meios a serem tomados pela Administração a fim de melhor atender ao interesse público não repousa no reino da incompreensão e irracionalidade transcendente – pelo contrário, é aferível por critérios técnicos.

Ademais, ainda que não se concorde com a assunção de Celso Antônio Bandeira de Mello – de que a abstração do conceito indeterminado só é outorgada pela lei a fim de que, em a lei não podendo prever todas as situações práticas (até mesmo por seu caráter de generalidade), o administrador possa, na aplicação, discernir e escolher (apenas) a opção ótima⁴²⁶ – ou então com Enterría – no sentido de que o conceito jurídico indeterminado sequer oferece margem à apreciação do aplicador – a posição que entende pelo paralelismo entre zona de indeterminação do conceito e discricionariedade não parece alocada com o ordenamento jurídico-administrativo e constitucional pátrio. Muito mais do que uma posição doutrinária, a aceitação de que – seja por discricionariedade, seja por vinculação indeterminada – ao administrador só cabe escolher a opção ótima trata-se de foro constitucional. Como visto, a consagração explícita do princípio da eficiência administrativa no *caput* do artigo 37 da Constituição faz alterar, definitivamente, a feição da dita discricionariedade administrativa. O aludido princípio estatui, em definitivo, a necessidade de a administração utilizar-se dos meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo, vale dizer, para perseguir o

⁴²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2006, pp. 139-140;

⁴²⁵ JUTEN FILHO, Marçal. *O conceito de interesse público e a "personalização" do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 131;

⁴²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., p. 36;

interesse público.⁴²⁷ “É evidente que para alcançar os fins determinados pelo ordenamento jurídico, e por conseqüência o interesse público” o administrador, ao deparar-se com um leque de opções, a princípio, viáveis, “é preciso optar pelos instrumentos mais adequados para atingir o ponto ótimo na atuação administrativa”. Deste modo, “se entre duas ou mais possibilidade legalmente admissíveis existe uma conducente a um resultado mais produtivo, reduz-se o âmbito de discricionariedade administrativa e a escolha do meio ótimo se impõe como um dever ao administrador”.⁴²⁸ Em suma, não obstante o referido princípio possuir diversas outras ramificações e implicações, “é notadamente no campo da discricionariedade que a [sua] inclusão expressa (...) vem, no bojo de uma hermenêutica mais adequada, ultrapassar as barreiras da impossibilidade de sindicabilidade total dos atos administrativos”.⁴²⁹

Alhures, não parece prosperar a tratativa que entende pela identificação da discricionariedade na zona de indeterminação dos conceitos, pois padece ela de vício de inconstitucionalidade. Reconhecendo-se a importância dos referidos doutrinadores e de suas considerações – para uma melhor apreensão do conceito, inclusive – observa-se, no entanto, que essa posição não merece prosperar no ordenamento jurídico brasileiro. O que se observa, portanto, é que do ordenamento jurídico brasileiro a única alternativa apreensível é aquela que dota a significação dos conceitos indeterminados da obrigatoriedade para que se enveredem à opção ótima, refutando-se, assim, as idéias que encarem a indeterminação como aval à ampla discricionariedade.

Do que restam, portanto, as duas outras análises. Como visto, ambas possuem, no campo teórico, divergências bastante claras: em uma (A) o conceito jurídico indeterminado o é apenas em abstrato, sendo que no caso concreto a sua indeterminação é minimizada ou extinta, e da mera relação do conceito com o fato obtém-se uma dada significação, esta sim, não indeterminada, e à qual está o administrador vinculado.⁴³⁰ Sequer se resvala, assim, na discricionariedade administrativa. Já na outra perspectiva (B), a determinação do conceito não se opera

⁴²⁷ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 249;

⁴²⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 250;

⁴²⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 252;

⁴³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 397;

automaticamente, passando pelo crivo do administrador. No entanto, ainda que se admita, nessa hipótese, discricionariedade do agente, não há abertura para a tomada de qualquer decisão de índole pessoal, mesmo entre o rol das permitidas pelo ordenamento. Isso porque a própria discricionariedade obriga a tomada da melhor decisão.⁴³¹ Tanto em uma quanto em outra, portanto, embora as etapas do processo de aplicação/subsunção dos conceitos indeterminados sejam distintas, a conclusão é comum a ambas: há apenas uma solução justa a ser tomada na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Ambas as posições, outrossim, estão em consonância com o princípio da eficiência administrativa, tanto em sua teorização, quanto em suas conseqüências (que é, afinal, alargar as possibilidades de controle judicial acerca dos conceitos indeterminados).

O que se denota, portanto, é que, ressalvadas as divergências teóricas entre as duas posições, as conseqüências práticas de ambas são similares, e se prestam ao mesmo fim. Donde que, “no Direito brasileiro parece não haver como sustentar a diferença, em termos práticos, entre *conceitos jurídicos indeterminados* e *discricionariedade*”,⁴³² em se entendendo a discricionariedade como o dever de levar ao administrado a opção ótima. Não apenas ambas as hipóteses oferecem como resultado a necessidade da adequação à melhor opção, igualmente o mencionado princípio da eficiência corrobora esta idéia, em uma harmonia do sistema.

Assim, encaminha, não obstante o interesse público se tratar de conceito jurídico indeterminado, pode-se chegar à seguinte conclusão: ele está inegavelmente sob o controle do Poder Judiciário. Embora não seja possível precisar aprioristicamente os liames do conceito, observa-se que, feita a sua aplicação, ele perde seu caráter indeterminado, e, assim, passa a atender ou não de forma ótima a finalidade da norma. Dentro dessa perspectiva, o Poder Judiciário está legitimado a observar e efetuar o controle do interesse público, pois, em havendo certeza de qual seria sua aplicação ótima, a revisão é possível. Conforme averba Eduardo García de Enterría, “*el término «interés general» es, en efecto, un «concepto jurídico indeterminado» en cuanto es utilizado por las Leyes; y, segundo, que justamente por ello, y sólo por ello, el juez puede controlar – y*

⁴³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., p. 36;

⁴³² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 279;

controla de hecho – su aplicación por la Administración".⁴³³ Donde cabe analisar em que medida esse controle é passível de ser realizado.

2.4. DELINEAMENTOS ÀS POSSIBILIDADES E LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DO INTERESSE PÚBLICO

Para desenovelar a conclusão do estudo apresentado, faz-se necessária a remissão, em certa medida já retro-ponderada, acerca do papel do juiz diante do interesse público. Em uma primeira análise, menos reflexiva, poder-se ia apartar o papel dos juízes, desembargadores, ministros dos tribunais superiores etc. do interesse público, tal como pensavam os revolucionários de 1789, pois o mesmo seria relegado ao Poder Legislativo ou, por abertura legal, à análise do administrador. De fato, tal entendimento prosperou durante algum tempo para grande parte dos entendimentos jurídicos ocidentais. Cite-se, a título de exemplo, um emblemático caso do Supremo Tribunal da Pensilvânia, já na primeira metade do século XX, que, ao se confrontar com o interesse público, abstêm-se totalmente da questão, pois a mesma não seria do foro do judiciário. "O poder de fazer tal determinação", enfatizou o Tribunal, "está com o legislativo e sem essa declaração o tribunal estaria sem um padrão ou critério",⁴³⁴ ou seja, o poder que primaria e unicamente estaria apto a dizer o que é interesse público seria o Legislativo e o Judiciário, ainda que exerça controle sobre o agir da Administração, não pode adentrar nesta seara.

No entanto, é relativamente pacífico na doutrina atual, em que pese algumas interpretações equivocadas do princípio da separação de poderes,⁴³⁵ que há muito o juiz não possui esse tipo de restrição impeditiva à apreciação e controle de diversos aspectos dos demais poderes, seja por se tratar de discricionariedade, da indeterminação do conceito, como se viu, ou mesmo de critérios jurídico-políticos. No tocante à última categoria, conforme averba Sérgio Cruz Arenhart, "o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado da mera 'boca da lei', como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas".⁴³⁶ Longe de ser a *bouche de la loi*, o magistrado contemporâneo é um sujeito político,

⁴³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op.Cit., p. 70;

⁴³⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Prolegômenos de uma teoria do interesse público...* Op. Cit, pp. 211;

⁴³⁵ Como alude GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 231;

⁴³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 505;

que age politicamente, e, aliás, está preposto a efetivar direitos fundamentais, mesmo no silêncio da lei.⁴³⁷ Ou seja, ao se defrontar com critérios que se poderia alegar de cunho político, não fica restrita, ainda assim, a apreciação do juiz, até mesmo em decorrência direta do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. Nesse viés, o juiz, ao revisar uma denegatória de benefício do INSS em favor do cidadão, por exemplo, está a revisar uma decisão administrativa e influenciar diretamente em uma política pública do Estado.⁴³⁸ Sua decisão implicará uma alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos etc. Assim, sempre em conformidade com a lei (e o interesse público em sentido amplo), o Judiciário fará, e controlará a Administração, mesmo naquilo que seja certamente político, como é, em parte, a zona de indeterminação do conceito jurídico de interesse público. Assim, também em consonância com o arrazoadado, os conceitos indeterminados estão dentro do que congloba a sindicabilidade perante o Poder Judiciário. Igualmente, na esteira de Bandeira de Mello,⁴³⁹ pode-se dizer que o mesmo se aplica à discricionariedade.⁴⁴⁰ Deste modo, por derradeiro, faz-se mister a citação de Arenhart de que:

A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e os instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.⁴⁴¹

Evidentemente, a consideração é parcimoniosa, e não vem a defender a postura absolutamente oposta, qual seja, de total resignação ao talante judicial, até mesmo porque, como pondera Emerson Gabardo, a postura mais ativa do Poder Judiciário deve ser levada à frente com cautela acentuada, a fim de que este poder não se substitua integralmente ao Legislativo – o que pode acarretar uma série de desvios. Dentre eles, notadamente a pressão eventual e momentânea que podem fazer certos setores da sociedade com maior capacidade de vocalização de seus

⁴³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais* - elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito brasileiro. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 111;

⁴³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 506;

⁴³⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. Cit., p. 36;

⁴⁴⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 28;

⁴⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 506;

valores e interesses.⁴⁴² Não se nega, é claro, que a formação de vontade, também no parlamento, possui vicissitudes e vícios, e igualmente está sob a influência de instrumentos de pressão como a mídia, e o própria prática de *lobbies*, disciplina partidária, joguetes políticos etc., no entanto, o desenho constitucional impende a garantir que tal vontade, amplamente dialogada e debatida por múltiplos representantes, venha a se formar de modo a garantir os interesses das “minorias” (que muitas vezes são maiorias numéricas), e, portanto, buscando dar fidedignidade à vontade popular.⁴⁴³ Assim, conforme adverte Desiree Salgado, “não cabe ao Poder Judiciário, ao considerar a ineficácia do Poder Legislativo em estabelecer normas jurídicas, assumir a competência legislativa”,⁴⁴⁴ vale dizer, não é do quinhão judicial o estabelecimento oficioso do interesse público.

Portanto, cuida-se de analisar um equilíbrio delicado: se, por um lado, o juiz não é a mera “boca da lei”, se possui papel pró-ativo na construção inclusive política do Direito, por outro, não pode se substituir ao legislador e assumir a competência legislativa, sob risco de se fraudar a própria noção representativa e democrática subjacente ao conceito. Conforme assevera Enterría, não se pode prospectar do ordenamento jurídico a noção de que ao Poder Judiciário caiba o “controle absoluto” do que se pretenda entender enquanto “interesse público”, e, igualmente, não se propugna ao juiz a competência de se “substituir” inteiramente ao ofício administrativo de aplicação do conceito, mas, sim, o panorama vislumbrado é o de uma liquidação pura e simples do conceito jurídico indeterminado em questão como técnica, e, assim, controlável.⁴⁴⁵ Entre essa e aquela perspectivas, há, assim, um grande trecho a ser percorrido. Nesse espectro, a modesta parcela da doutrina que se propõe a analisar diretamente de qual forma aconteceria tal intermédio parece apontar para que este controle seria, de fato, um controle negativo. Para Emerson Gabardo, a questão se relaciona:

ao próprio controle judicial dos atos administrativos em todos os seus aspectos, sem que possa ser argüido como obstáculo à intervenção externa seja a identificação de um ato que seria ‘político’, seja o famoso e tão mal interpretado ‘princípio da separação dos Poderes’. E aqui não se defende nenhum ativismo judicial, até porque o foco é justamente no controle negativo realizado pelo Poder Judiciário, ou seja, quando este anula atos incompatíveis com

⁴⁴² GABARDO, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 231;

⁴⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais...* Op. Cit., p. 152;

⁴⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral...* Op. Cit., p. 93;

⁴⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op.Cit., p. 70;

o ordenamento jurídico. O que não significa pacificar a problemática referente aos limites do *judicial review* e ao próprio significado da jurisdição constitucional, inclusive no tocante às possíveis exigências de uma autocontenção, o que a doutrina *self-restraint* vem propondo há algum tempo.⁴⁴⁶

Ainda, segundo Daniel Wunder Hachem:

Mesmo conceitos vagos, imprecisos, tal como o de interesse público, passaram a ser controláveis pela jurisdição. Ainda que os atos expedidos com lastro no conceito de interesse público desfrutem de uma presunção de legitimidade, esta pode ser questionada perante o juiz, que, se considerar presentes provas suficientes para desfazer essa presunção, deverá anular o ato por considerá-lo em desconformidade com o sistema normativo. (...) Trata-se de atribuição típica da função jurisdicional: interpretar a lei e analisar se a interpretação conferida pela Administração diante daqueles fatos foi ou não acertada.⁴⁴⁷

Ou seja, o controle do interesse público se dá no âmbito da anulação dos atos, o qual é notadamente um controle negativo, e que é prática inconteste do Poder Judiciário na revisão dos atos da Administração. Nesse tipo de controle, ademais, não se está a tráfegar em vias positivas ou propositivas – não é esta a postura esperada do juiz – apenas um juízo disjuntivo, galgado senão na legalidade, para a verificação de se a Administração não agiu em desconforme com o Direito, sem jamais caber ao juiz substituir-se ao Legislador e vir a definir, a livre talante, o endereçamento do interesse público. Trata-se apenas, assim, da aplicação de um conceito jurídico (como tantos outros, indeterminado), dentro do seu âmbito de juridicidade (em certa medida já estudado no ponto 1.4 e sobre o qual se tratará adiante), o que é, afinal, a atividade precípua deste Poder: aplicar o Direito. Assim, sumariza e arremata a questão Enterría:

*El control anulatorio se producirá únicamente en cuanto los límites de ese margen de apreciación se entienda que han sido transgredidos. No se trata, pues, de que el juez sustituya apodícticamente la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino de identificar se ésta ha transgredido los límites que la Ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado de que se trata. Es, pues, propiamente, en la mayor parte de los casos, aunque sobre esto vamos a volver, un control legal negativo y en modo alguno, como se pretende, un control político o un control con criterios políticos aplicado por un órgano al que falta competencia en este campo.*⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 231. Acerca da problemática dos limites ao *judicial review* e a jurisdição constitucional, consultar

⁴⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 382;

⁴⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op.Cit., p. 86;

Assim, a sindicabilidade do interesse público pelas vias judiciais não se mostra enquanto um desequilíbrio pelo sistema jurídico, ou a mudança do pólo de decisão acerca de um critério mormente delineado pelo legislador e aplicado pelo administrador, mas sim a efetivação de um efetivo controle dos atos, sempre em garantia do cidadão, o administrado. Aliás, aqui reside outro ponto central para a compreensão da celeuma: a judicialização do conceito de interesse público acabará por se configurar em uma definição, no caso concreto, de um conceito jurídico indeterminado⁴⁴⁹ (como acontece comumente em outros ramos jurídicos, de acordo com o já visto), e, acerca dessa definição do interesse público “*pueden legítimamente disputar las partes legitimadas*”.⁴⁵⁰ Ou seja: o conceito jurídico de interesse público, quando levado em disputa pela via judiciária, possui possibilidade de significação construída em conjunto com o administrado, com o interessado, o sujeito passivo do ato administrativo, enfim, o cidadão. Enquanto que no agir corriqueiro da Administração Pública o conceito de interesse público é aplicado unilateralmente (seja especificamente, para rescindir um contrato, por exemplo, seja genericamente, para orientar qualquer ação) e, assim, pode estar sujeito a um erro de apreensão da realidade por parte do administrador.⁴⁵¹ Na aplicação (negativa) do mesmo pelo poder judiciário, Administração e administração podem, em igualdade de condições,⁴⁵² justamente, judicar a significação do conceito no caso concreto, sempre respeitados os contornos jurídicos atinentes ao mesmo, precisados em grande medida no ponto 1.4. Nesta toada, a natural aplicação do conceito de interesse público, controlado de forma negativa, pelo poder judiciário, vem a respeitar a formação do convencimento em contraditório, que é, em apertada síntese, a capacidade de ambas as partes se manifestarem igualmente acerca do

⁴⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op.Cit., p. 80;

⁴⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op.Cit., p. 80;

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 119;

⁴⁵² Valem de nota dois esclarecimentos. O primeiro em relação às idiossincrasias da Fazenda Pública em juízo (prazos diferenciados, reexame necessário, desnecessidade de preparo etc.). Evidentemente o particular e o poder público, em juízo, possuem regras processuais distintas, o que no entanto, são ligadas meramente à natureza ontológica dos entes públicos e sua defesa. Não há condicionamento algum que incline as decisões do Poder Judiciário a favorecer *a priori* a Fazenda Pública. Assim, ressalvadas algumas regras de procedimento, perante o Poder Judiciário a Fazenda Pública está, sim, em pé de igualdade com o particular. Ademais, também se pontue que o princípio constitucional da supremacia do interesse público não vem a criar uma idéia de primazia da administração na disputa pela aplicação judicial do interesse público. Isto porque, independentemente da supremacia do interesse público, o que se trata, no caso, é a existência ou não de interesse público no caso concreto. Se existente, e se não se confrontar com direitos e garantias fundamentais, como já visto, evidentemente se estará diante de um caso de supremacia, mas a sindicabilidade se passa em momento anterior: a verificação da procedência do interesse público em determinada ação pelo poder público.

tema controverso,⁴⁵³ e, assim, influenciarem diretamente o conteúdo da decisão.⁴⁵⁴ Ou seja: é a forma democrática de garantir a ambos os litigantes a participação no resultado da aplicação do direito, de informação, manifestação e de ter seus argumentos considerados.⁴⁵⁵ De acordo com as bases de uma jurisdição democrática e dispositiva,⁴⁵⁶ como é a jurisdição delineada pela Constituição de 1988,⁴⁵⁷ a análise do interesse público não é a mera entrega do conceito do interesse público ao juiz, calando-se a Administração. Ao contrário: é ouvida a Administração, ela não deixa de integrar a formação do processo de aplicação do interesse público, mas também se insere, aí, o administrado, pois, nas palavras de Enterría, o conceito de interesse público estará em disputa. Em derradeiro, o que se prospecta é que o controle do interesse público pelo Judiciário (como toda forma de controle da Administração Pública, aliás), é uma garantia ao cidadão.

A possibilidade de controle judicial, assim, são arras, inclusive, à corriqueira aplicação o interesse público pela Administração, pois o mesmo, caso aplicado indevidamente, poderá ser questionado em juízo, e, então, ainda vocalizado pelo Estado, será formado em equidistância e imparcialidade em relação ao aparato administrativo e o administrado. Como pontua Antonio Cabral, essa definição semântica alinhavada em contraditório com o particular diretamente interessado é essencial para a construção democrática da vontade do Estado.⁴⁵⁸ Inclusive, a possibilidade de controle judicial afasta a crítica de que o interesse público pode ser pretexto a dar ensejo ao cometimento de práticas arbitrárias ou parciais por parte da Administração em seu favor.⁴⁵⁹ Caso isso aconteça, será conduta desviante, dentro da margem de negatividade explorável pelo juiz, construída através de argumentos tanto do aparato político quanto do administrado judicante, e que garantirá o procedimento de fiel aplicação do conceito.⁴⁶⁰ Assim, porque passível de correção, como é típico em um sistema de balanceamento de poderes, pode a Administração

⁴⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62;

⁴⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28;

⁴⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit. p. 547;

⁴⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil...* Op. Cit., pp. 26-27;

⁴⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit. pp. 546-547;

⁴⁵⁸ CABRAL, Antonio. *Os efeitos processuais da audiência pública*. in: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>, acesso em 22/11/2010;

⁴⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 72;

⁴⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 363;

fazer uso do conceito sem o recalque de estar consentindo arbitrariedade insanável, que é a visão propagada pelos “falsos críticos”.⁴⁶¹

No renitente exemplo da rescisão unilateral (resilição) de contrato administrativo por motivo de interesse público, não é difícil imaginar a realidade de que tal dispositivo seja interpretado pela Administração em seu próprio benefício, tendo em vista um interesse público que coincida com o interesse seu ou, o que seria mais teratológico, de algum(ns) de seu(s) agente(s).⁴⁶² Caso se admitisse a posição de que a aplicação do interesse público é mérito exclusivo e intangível da Administração, não haveria meios para corrigir tal conduta desviante. Mesmo no caso de quem entenderia que pode haver controle apenas nas zonas de certeza,⁴⁶³ é passível imaginar, naquilo que toca a zona de incerteza, uma noção do interesse público que a princípio albergue o interesse do aparato estatal, e outra que beneficie o particular, por exemplo. Em uma análise judicial, por exemplo, poder-se-ia chegar, após cognição em contraditório, à conclusão de que esta atende melhor à efetivação de um direito fundamental do que aquela, embora ambas atendam a valores jurídicos positivados, por exemplo – análise que seria tolhida se simplesmente se relegasse essa decisão à discricionariedade intocável da administração.

Por fim, observe-se que o controle jurídico do interesse público é prática cotidiana no judiciário brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao “interesse público em sentido amplo”. Partindo-se da constatação de que o interesse público, em um sentido amplo, reside nos valores protegidos pelo ordenamento jurídico num geral, parece não haver grande divergência na doutrina de que um ato administrativo que contraria a finalidade da lei é eivado do vício de desvio de finalidade.⁴⁶⁴ Como se viu, o interesse público, tomado em sentido amplo, é condição negativa de validade dos atos administrativos, ou seja, só haverá ato administrativo válido se não colidir com tal interesse. Assim, a “violação ao interesse público nessas situações rende ensejo à anulação do ato administrativo pela jurisdição, através da conhecida técnica do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*”.⁴⁶⁵

Conforme se entende da doutrina clássica de José Cretella Júnior, entende-se tal desvio como “uso indébito que o agente administrativo faz do poder

⁴⁶¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das Origens do Direito Administrativo...* Op. Cit., pp. 16-17;

⁴⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 67;

⁴⁶³ Como Flávio José Roman e Miguel Sánchez Morón. Vide ponto 2.3;

⁴⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 171;

⁴⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 171;

discrecionalário de que é detentor para a consecução de fim diverso do que a lei preceitua”. Ademais, “o *fim* de todo ato administrativo, discrecionalário ou não, é o *interesse público*. (...) De modo que o *fim* é sempre *fim público*, genérico ou específico”.⁴⁶⁶ O desvio de finalidade, assim, se relaciona intimamente com a dita discrecionalidade dos atos administrativos, e desde há muito não a toma enquanto parcela impassível de revisão judicial, se for utilizada para o atingimento de fins diferentes daqueles colocados como finalidade da lei e do ordenamento jurídico num geral.⁴⁶⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello explicita que o desvio de finalidade pode ocorrer em duas modalidades, a saber: a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público, seja para prejudicar seu desafeto ou para beneficiar a si ou a amigo; b) para buscar uma finalidade em coaduno com o interesse público, moral e lícita, mas alheia à categoria do ato utilizado (como remover um funcionário a título de puni-lo).⁴⁶⁸

Sempre que a autoridade administrativa incorrer em desvio de finalidade, terá se evadido do interesse público em sentido amplo, o que justamente não pode acontecer (pressuposto negativo). Assim, “o ato será ilegítimo, e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao Direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicação, pena de considerar-se o Direito como a mais incosequente das normas e a mais quebradiça das garantias”.⁴⁶⁹ Assim, segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, ao anular um ato evadido de desvio de finalidade, trata-se de dizer que o ato em questão não satisfaz o interesse público previsto na norma que autorizava sua prática.⁴⁷⁰ Vale dizer, o Poder Judiciário, ao corriqueiramente anular atos administrativos por desvio de finalidade, está, sem dúvida a controlar o interesse público, e não se duvida que esse controle se dá de forma negativa, isto é, não impõe este Poder uma definição

⁴⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José, O “Desvio de Poder” na Administração Pública... *Op. Cit.*, pp 49-50;

⁴⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*... *Op. Cit.*, p. 153;

⁴⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*... *Op. Cit.*, p. 401. Observe-se essa classificação com ressalvas, pois, conforme asseverado no ponto 1.4, de acordo com a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho, o atendimento da legalidade dos atos administrativos, também é de interesse público, então a segunda hipótese apontada por Celso Antônio (b) reforça a primeira (a), pois não haverá como o agente usar-se de ato para obter fim distinto do fim legal para dado ato sem que isso também não acarrete uma ofensa ao interesse público. Vide BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro*... *Op. Cit.*, p. 95;

⁴⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Desvio de poder*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142;

⁴⁷⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El Interés General como Categoría Central de las Administraciones Públicas*... *Op. Cit.*, p. 43;

daquilo que é interesse público, apenas verifica-se, com fulcro no ordenamento jurídico, se não houve violação das finalidades estabelecidas pela lei.

O mesmo pode se dizer, ainda que com um trajeto teórico mais ladrilhado, a respeito do “interesse público em sentido estrito”, isto é, o interesse público qualificado, pressuposto positivo de validade de alguns atos administrativos. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que, nesse caso, o interesse público requisitado pela lei para determinadas atuações da Administração, conceituado apenas de forma genérica, caberia ao âmbito de análise somente do administrador, que iria, ele próprio, verificar sua procedência ou não. Nessa lógica, não caberia análise ao Poder Judiciário, pois este poderia até verificar se o ato está de acordo com a finalidade legal, mas não poderia categorizar dado interesse apontado como público. Não é, no entanto, a lógica que parece prosperar em nosso Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos em que cabe parcela de discricionariedade do administrador ocorre através de três espectros: a sua finalidade e o desvio de poder, a causa do ato e os motivos.⁴⁷¹ Do primeiro já se tratou, posto que restam os outros dois. No que toca ao exame das causas do ato, o administrativista paulista é bastante conciso em enunciar que este é mais um cerceio à dita liberdade discricionária. Cabe sempre ao agente observar que a causa do ato esteja sempre relacionada com a lei que o categoriza,⁴⁷² ou seja, não apenas o fim a que se destina o ato, mas também aquilo que dá-lhe causa, seu ensejo deve ser coerente com o regime jurídico-administrativo posto.

Igualmente, e com denotada importância, se apresenta o exame dos motivos do ato administrativo (de qualquer deles, inclusive, sobretudo, aqueles que se valerem do interesse público em sentido estrito como pressuposto de validade). Como é cediço, o dever de motivação dos atos administrativos é consectário do princípio da publicidade, plasmado no *caput* do art. 37 do texto constitucional, além de estar previsto como princípio autônomo no art. 2º da lei federal nº 9.784/99.⁴⁷³ Como ensina Hachem, “esse requisito impede, também, que pretensões escusas do administrador ou alegações abstratas se acomodem sob o rótulo de interesse

⁴⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 49-53;

⁴⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial... Op. Cit.*, p. 52;

⁴⁷³ BRASIL. Lei 9.784/99. **Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;

público, revestindo-se de legitimidade jurídica e justificando a restrição de interesses individuais ou coletivos juridicamente respaldados”.⁴⁷⁴ Ou seja, é preciso demonstrar claramente de qual interesse alegadamente público se está a tratar e que o mesmo é motivo suficiente para ensejar (positivamente) a prática do ato em questão. Daí que a Administração deve ficar adstrita a motivar suas ações, comprovando que agiu no atendimento do interesse público específico, e que os meios de que se valeu eram os melhores (vale dizer, os meios ótimos) para o atendimento daquele dado interesse.⁴⁷⁵ É nessa matiz que Celso Antônio vai afirmar que quando a Administração possui certa liberdade (o que é o caso, pois o autor entende os conceitos jurídicos indeterminados se localizarem no campo da discricionariedade, mas com o dever de adotar a melhor solução, como se viu), deve motivar o ato, sob pena de vê-lo inválido.⁴⁷⁶

É a partir dessa motivação que o interesse público específico, indeterminado *a priori*, passa a ser tangível e passível de controle pelo Poder Judiciário. Como afirma Sáinz-Moreno, “o interesse público como conceito legal apresenta um problema de interpretação jurídica, não de livre decisão”.⁴⁷⁷ Nesta toada, uma vez feita a decisão, e, igualmente, sendo os motivos do ato administrativo determinantes, vinculando-se ao ato,⁴⁷⁸ não se defronta o juiz com uma infinidade de significações possíveis ao conceito, mas, ao revés, a uma única significação, clara e precisa, que pode, ou não, ser de fato interesse público. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz vem a ponderar, assim, que a indeterminação do conceito é apenas um problema contingente, em abstrato, porque cabe à Administração a aplicação do conceito “de maneira objetiva, racional, argumentada, motivada”, alocando na motivação a resolução para os problemas de indeterminação do conceito.⁴⁷⁹ Em igual sentido, nas palavras de Enterría:

La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la Ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues por de pronto

⁴⁷⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 208;

⁴⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público...* Op. Cit., p. 282;

⁴⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 79;

⁴⁷⁷ SÁINZ MORENO, Fernando. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico...* Op. Cit., p. 74;

⁴⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 398;

⁴⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El interés general como categoría central...* Op. Cit., p. 112.

proscribe absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto; he aquí, pues, en esta proscripción radical, que existe un límite a la indeterminación, y un límite manifiesto y patente, nada impreciso, ambiguo o vaporoso, un límite rotundo. Es aquí, en este punto inequívoco y preciso, donde debe situarse la explicación de que los conceptos legales indeterminados postulan una única solución justa. Todos los reproches críticos que, desde un punto de vista lógico y aun de teoría del Derecho, se han opuesto a esa explicación, tradicional en la doctrina alemana, donde la teoría de estos conceptos se formula inicialmente, son absolutamente redargüibles con esta simple observación. La «unidad de solución justa» no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo; quiere decir que una conducta o es de buena fe o no es de buena fe, y que por ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una «apreciación por juicios disyuntivos». Esto responde a que los términos polares del concepto tienen un amplio «halo», en los términos tradicionales, que distingue en los conceptos indeterminados un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar —más o menos alejado del centro, pero inexorable— de certidumbre categóricamente negativa.⁴⁸⁰

Observa-se que, assim, o juiz, ao analisar o interesse público em sentido estrito, também se encontra diante de um juízo disjuntivo, vale dizer: o administrador, quando aplica o conceito, possui uma gama de soluções juridicamente possíveis para escolher, o que não ocorre com o magistrado, pois este deve apenas se circunscrever às limitações jurídicas do conceito, mas, sim, verificar se se configurou, na prática atendimento ao interesse público. Reforça-se, novamente, o caráter negativo do controle judicial do interesse público, portanto.

Em arremate, observe-se que a apreciação negativa e juízos disjuntivos não obsta (aliás, reforça), como pontuou Enterría, o atendimento à melhor solução. Retorne-se à noção de que esse âmbito de apreciação “apenas pode ser visto como espaço para, diante do caso concreto, eleger a *solução mais adequada*”. Assim, “se a discricionariedade tem o papel de amoldar a exigência da lei à realidade do caso concreto, é evidente que sua existência somente se justifica na medida em que o administrador possa, diante das circunstâncias concretas, adotar a solução *mais perfeita e correta para a realização da intenção da lei*”.⁴⁸¹ Em consonância com o que alude Emerson Gabardo, todo e qualquer ato administrativo deve estar em conformidade com o princípio da eficiência, isto é, deve sempre adotar os meios ótimos para a realização dos fins propostos,⁴⁸² inclusive quando relacionados diretamente ao interesse público. Assim, ou se atenderá de forma ótima ou não o interesse público. O juízo não deixa de ser disjuntivo, e não deixa de estar sob os

⁴⁸⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op. Cit., p. 82;

⁴⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 517;

⁴⁸² GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa...* Op. Cit., p. 139;

olhares revisionais do magistrado. Donde se conclui que a Administração deve fazer uso de sua capacidade discricionária apenas para escolher a solução ótima, o melhor atendimento ao interesse público no caso concreto. Caso haja divergência quanto ao atendimento desta exigência, tal apreciação pode ser levada a juízo, no qual o magistrado verificará, de modo a cingir a apreciação do administrador, se houve ou não a tomada da melhor alternativa para a satisfação do interesse público, este considerado em sua circunscrição semântica dentro do Direito, e não por critérios políticos ou subjetivos. Consagra-se, assim, o papel controlador do Poder Judiciário na questão envolvida, o qual, muito mais do que um poder, é, a seu tempo, seu ofício e sua obrigação.⁴⁸³

⁴⁸³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado...* Op. Cit., p. 83.

CONCLUSÃO

Observa-se, do analisado uma série de conclusões que é possível alinhar a partir daquilo que se pretendeu estudar. Nessa toada, observe-se que o Poder Judiciário, ao defrontar-se com o interesse público, estará sempre diante de um conceito jurídico indeterminado, isto é, um conceito que possui uma significância jurídica, ainda que indeterminada *a priori*, uma vez que, como restou comprovado, sua vagueza, indeterminação, se dá apenas em plano um plano abstrato. Nesse sentido, é preciso focalizar o conceito em exame sob as lentes do presente, entendendo sua íntima relação com uma sociedade republicana e que, por isso mesmo, objetiva na lei o âmago de seus valores e aspirações, e, portanto, apenas existirá interesse público na lei, em conformidade com toda a miríade que compõe o ordenamento jurídico em um geral. Analisar o interesse público sob as lentes do presente, no entanto, não impende a mera constatação de que o mesmo reside na lei, enquanto produto democrático da vontade popular: inexorável é o dever de atenção do aplicador – e de todos os juristas, em realidade – da atenção para o desenho Constitucional, que aponta para um horizonte Social e Democrático, isto é, que contempla, na formação da vontade consubstanciada na lei, os mais diversos interesses, nem sempre harmônicos, que vai refletir as próprias contradições sociais e, por isso mesmo, o interesse público não será de fácil determinação em princípio. Ainda, e, sobretudo, não se pode jamais olvidar que o referido interesse, justamente para estar em acordo com o ordenamento jurídico em que se aninha, vem a concretizar um projeto de Constituição Cidadã, vale dizer, só existe em função da efetivação de direitos fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana, das garantias individuais, dos direitos das minorias, de uma sociedade justa e solidária etc. Qualquer análise que se pretenda do interesse público, sem o alocar sob este prisma fundamental, será, certamente, anacrônica e, padecendo de seu próprio descompasso, privar-se-á de qualquer valia (não poderá sequer ser criticada, pois referencia algo que, em verdade, não é interesse público).

Como consequência de sua indeterminação, o conceito jurídico de interesse público se estruturará de modo a oferecer três zonas distintas de significados em abstrato: uma zona de certeza positiva, que se sabe o que de fato, indubitavelmente, é o conceito, uma zona de certeza negativa, em que não há dúvidas sobre aquilo

que ele não é, e um halo ou zona de indeterminação, na qual abstratamente não se pode dizer se dado interesse será público ou não. Dentro dessa perspectiva, o aplicador deve estar sempre ciente de que a indeterminação do conceito é apenas apriorística, e desaparece por completo quando do caso concreto. Nesses casos, pode-se ou não estar-se falando em discricionariedade outorgada ao administrador (isso, de fato, é indiferente para o ordenamento brasileiro, pois ou significação exata já opera antes do momento da aplicação, não havendo margem à vontade do aplicador, ou, diferentemente, cabe-lhe a competência de análise, que, contudo, serve apenas para a escolha da melhor solução). Ambas as saídas, coroadas pelo princípio da eficiência administrativa, apontam para a mesma direção: o administrador está preposto a sempre tomar a opção ótima. Se não o fizer, estará violando o referido princípio, e autoriza o Poder Judiciário a rever o seu ato.

Assim, inegável é que o Poder Judiciário pode de fato, efetuar o controle do interesse público, sem que isso incorra em uma violação de competência ou do princípio da separação dos poderes. Esse controle, efetuado dentro da lógica de indisponibilidade da jurisdição e concreção do direito a uma boa Administração Pública faz com que não haja nada de anormal nesta prática.

Ao ser efetivado, no entanto, o controle do interesse público pelo magistrado (assim como quando da aplicação pelo administrador) deve ter como prumo que a sua significância, mesmo nos casos em que sua determinação não é possível aprioristicamente, está condicionada a uma parcela de seu conteúdo, localizada no ordenamento jurídico, e que é inabdicável. Se em desacordo com essas peças-chave, que orientarão todas as significações do interesse público, pode-se dizer que não se estará de fato materializando um efetivo interesse público, pois nega o conteúdo mínimo que o ordenamento jurídico dispõe, a constar: a efetivação da dignidade da pessoa humana (e os direitos dela conseqüentes, como o direito à cidade, à felicidade etc.), todos os objetivos postulados pelo art. 3º da Constituição Federal e, sobretudo, a efetiva conformidade com os princípios constitucionais ordenadores da administração pública. Por exemplo, a arguição hipotética de um alegado interesse público em despejar-se uma determinada população de um lugar, sem que isso sirva também para efetivar o direito à moradia das mesmas pessoas, a inserção dessas mesmas pessoas nas relações sociais da *urbe*, a garantia da sua dignidade, e, mais, das suas necessidades em grau ótimo é impossível – é tão

contraditória quanto subir para baixo. Ou o interesse público, quando de sua significação, obedece ao mínimo do conteúdo jurídico apontado (protegendo direitos fundamentais, a construção de uma sociedade justa etc.), ou não é interesse público. E em não o sendo, pode ser anulado pelo Judiciário, gize-se.

Nesse espectro, ainda denote-se que esse conceito jurídico indeterminado, assim, poderá ser encontrado no ordenamento em dois sentidos, quais sejam: “em sentido amplo” e “em sentido estrito”. O primeiro liga-se a todos os valores albergados e positivados no ordenamento jurídico, que vão demonstrar os valores sociais consubstanciados pelo processo democrático, em conformidade com a Constituição. Nenhum ato pode ir contra tais interesses, pois são finalidades maiores do Estado, e a Administração deve, oficiosamente, diga-se de passagem, pautar-se por e promover essas finalidades. São, assim, pressuposto negativo de validade de todo e qualquer ato administrativo. Se em desconformidade com os valores recepcionados pelo direito positivo, estarão em desacordo com o interesse público, e, portanto, serão nulos. Essa nulidade, naturalmente, pode ser decretada pelo legislativo sob o fulcro da técnica do desvio de finalidade. Igualmente, às vezes o ordenamento requererá a presença de um interesse público qualificado, específico, que só se estiver presente autoriza a prática do ato que o requer. É, assim, pressuposto positivo de validade de determinados atos. Tal interesse, longe de oferecer um cheque em branco ao administrador, deve, primeiramente, estar em conformidade com o supracitado conteúdo jurídico do conceito. Sua significação, igualmente, deve atender de forma ótima a finalidade da lei, e, nessa seara, possui o administrador o dever de motivar o ato que se valeu desse interesse público específico. Uma vez motivado o ato, apresentado o interesse público, a procedência ou não desses motivos são, igualmente, totalmente passíveis de revisão judicial. Como também acontece no desvio de finalidade, está-se a encarar um juízo disjuntivo, ou seja, o controle é negativo. Assim, o controle judicial do interesse público não importará em hipótese alguma na dicção arbitrária deste Poder sobre a Administração – o que ocorrerá é apenas a constatação se houve ou não o melhor atendimento ao interesse público, se se optou pela opção ótima.

Aliás, a sindicabilidade do interesse público pelas vias judiciais está longe de ser instrumento de arbítrio. Não se tolhe da Administração a possibilidade de demonstrar suas razões, mas, diferentemente do agir em geral administrativo,

quando julgado, o interesse público será aplicado levando-se em consideração também a vontade do administrado. Assim, o controle judicial do interesse público faz com que o mesmo seja aplicado em contraditório, tecendo parâmetros mais democráticos, e que apresentem maior conformidade com o desenho constitucional, do que a mera aplicação unilateral pela Administração. A construção da vontade do Estado em contraditório é, assim, com fulcro no Texto Magno, modo de construir a democracia, também na formação da significação do conceito, e, se por um lado respeita o direito do cidadão em ser ouvido pelo Estado-juiz e obter uma resposta e uma tutela jurisdicional, por outro também dá à Administração a garantia de um agir mais legítimo, pois pode ser alvo de controle, e, portanto, não há que se alegar, nessa lógica, que a Administração poderia desenfreadamente tolher e ir contra direitos dos cidadãos.

Assim, em suma, o controle judicial do interesse público não é só possível, não é só viável: é inescusável, é indispensável – indispensável na construção de um projeto de Estado Social e Democrático; indispensável para uma Administração Pública que esteja a par dos direitos das minorias oprimidas e da vontade do particular; indispensável para a construção dos horizontes de um projeto constitucional que se queira denominar minimamente “cidadão”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I – O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- _____. *Homo Sacer II – Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- _____. *Homo Sacer III – O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.
- ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: sociedade e poder*. in: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*, v. 1, São Paulo: Ática, 2000.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. in: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. in: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo – fatos e mitos*. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1970.
- BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar*. in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, ISSN 0034-8007, v. 205, 1996.

BREUS, Thiago Lima. *Interesse Público: Horizontes e perspectivas à luz da dignidade da pessoa humana*. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CABRAL, Antonio. *Os efeitos processuais da audiência pública*. in: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>, acesso em 22/11/2010.

CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. *Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas*. in: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et alii. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Interesse Público: Verdades e Sofismas*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CLAMOUR, Guylain. *Intérêt General et concurrence: essai sur La pérennité du droit public em économie de marche*. Paris: Dalloz, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Porto Alegre: LPM, 1985.

COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade – a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

_____. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel et alii. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. *O Capital – crítica da economia política*. Volume 1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/52133693/Introducao-ao-Pensamento-Juridico-Karl-English>.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madri: Alianza Editorial, 2001.

_____. *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Revolucion Francesa Y Administracion Contemporanea*. Madri: Editorial Civitas, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Do Direito das Coisas. Vol. XV, São Paulo: Saraiva, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. in: *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, 1/10, São Paulo: Centro de Estudos, 1995.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Modernidade e Contrato de Trabalho: Do sujeito de Direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o Direito Administrativo brasileiro do século XXI*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/27115957/Juarez-Freitas-Direito-Fundamental-a-Boa-Administracao>, acesso em: 26/11/2011 às 04:07.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. *O ensino jurídico em uma abordagem filosófica*. in: *Revista Jurídica Themis*, ISSN 1983-2036, nº 8, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 1996.

_____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *O suposto caráter autoritário da Supremacia do interesse público e das Origens do Direito Administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Responsabilidade civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa*. in: MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GIANNINI, Massimo Severo. *Premissas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GIL, José Luis Meilán. *Interesses Generales e Interés Público desde la Perspectiva del Derecho Público Español*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUANDALINI JR., Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais - elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito brasileiro*. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

_____. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006;

HOBBS, Eric. *A era dos extremos – o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*. in: Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Direito Administrativo do espetáculo*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique; PIVETTA, Saulo Lindorfer; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura *et alii*. *A quebra de monopólio estatal das telecomunicações no sistema jurídico brasileiro: uma análise materialista-dialética a partir das teorizações de Pashukanis*. in: Revista Jurídica Themis, nº20, ISSN nº 1983-2036, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: RT, 2007.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *A função e a importância das disciplinas propedêuticas na estrutura curricular dos cursos de direito no Brasil* in Revista de Ensino Jurídico e Reforma Curricular, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Santa Maria, 1953.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos – ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MALBERG, Raymond Carré. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A noção jurídica de “interesse público”*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Desvio de poder*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionalidade administrativa e controle judicial*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Legalidade – Discrecionalidade – seus limites e controle*. in: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MONTGOMERY, John D. *O Interesse Público nas Ideologias do Desenvolvimento Nacional*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas*. in: *Revista de Administración Pública*, nºs 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. in: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 14, São Paulo: Malheiros, 1996.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. *El Interés Público es como el Amor*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El Interés General como Categoría Central de las Administraciones Públicas*. in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. *De la noción de interés general como faro y guía de la actuación de la Administración, y como proemio a la sección “Questiones de acción pública en Extremadura”, de esta revista*. in: *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, 2009.

NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

PENNOCK, J. Roland. *A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Interesse Público: um conceito jurídico determinável*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Democracia, Constituição e Administração Pública*. in: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: Malheiros, 1999.

ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica*. in: SPARAPANI, Priscilia; ADRI PORTO, Renata. *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social* – princípios do direito político. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAGUER, Marta Franch i. *El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo*. in: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.

SÁINZ MORENO, Fernando. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*. in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, Madrid: Civitas, 1976.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Jean Jacques Rousseau e o Estado Moderno*. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (org.). *Direito Moderno e Contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas: Delfos, 2008.

_____. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Lisboa: Edições Afrontamento, 1995.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional*. in: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. in: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna*. *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, nº 55, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SOUSA, António Francisco de. *Os “conceitos legais indeterminados” no Direito Administrativo alemão*. in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, ISSN 0034-8007, v. 166, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais*. in: *Interesse Público*, nº 28, Porto Alegre: Notadez, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.